مجلة
إدارة قضايا الحكومة

مبـدأ الشرعية
فى القانون الجنائى المقارن

للدكتور محمد سليم العوا

مستخرج من العدد الرابع
من السنة الحادية والعشرين

مبـــدأ الشرعية

فى القانون الجنائى المقارن

للدكتور محمد سليم العوا

١ — تمهيد وتقسيم :

من القواعد الأساسية فى القانون الجنائى أنه لاجريمة ولا عقوبة بغير نص ، وهى القاعدة التى يعبر عنها بمبدأ الشرعية Legality والتى تعترف بها معظم النظم القانونية المعاصرة .

ومقتضى هذه القاعدة أن لاتعتبر أفعال الأفراد وصور سلوكهم جرائم إلا إذا كان ثمة نص قانونى صادر عن السلطة التشريعية فى الدولة يقرر جعل هذا السلوك المعين محظوراً ، ويرتب له عقوبة ما ، بشرط أن يكون هذا النص التشريعى قد صدر قبل ارتكاب الفعل أو وقوع السلوك المراد عقابه(١) .

ويعتبر مبدأ الشرعية إحدى النتائج الأساسية المترتبة على مبدأ فصل السلطات Separation of powers ذلك المبدأ الذى ترجع أصوله الأولى إلى أرسطو فى كتاباته السياسية ، والذى أعاد صياغته الفيلسوف جون لوك ، وقدم أحسن عرض له الفيلسوف الفرنسى مونتيسكيو .

ويقضى هذا المبدأ بأن للدولة وظائف ثلاثاً يجب أن تبقى منفصلة كل منها

---

(١) الأستاذ الدكتور رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائى ، الاسكندرية ، ١٩٧١ ، ص ١٨٩ — ١٩٠ .

عن الأخرى : الوظيفة التشريعية ، والوظيفة القضـائية ، والوظيفة التنفيذية ، وضماناً لحريات الأفراد ، ولعدم تحـكم السلطات العامة فى الدولة فإن كل وظيفة من هـــذه الوظائف يجب أن يعهد بها إلى سلطة مستقلة تماماً عن السلطتين الأخريين(٢) .

وتطبيقاً لمبدأ فصل السلطات فى المجال الجنائى يضع مبدأ الشرعية حداً فاصلا بين اختصاص السلطة القضائية واختصاص السلطة التشريعية ، فتحديد الأفعال التى تعد جرائم ؛ وتقرير العقوبات لها من اختصاص الثانية دون الأولى ؛ ويجب على القضاء — لذلك — أن يلتزم النصوص الصادرة عن المشرع فى تحديد مايعتبر جريمة من الأفعال وما لايعتبر ، وفى تحديد أركان الجرائم وشروطها ؛ وحيثما ثبت أن فعلا مايعد جريمة فإنه ليس للقاضى أن يوقع من أجله غير العقوبة التى يقررها له المشرع ويعلن عنها فى نصوص القانون (٢-أ) .

ويمـكن من جهة أخرى أن نربط بين مبدأ الشرعية ؛ ومبدأ خضوع الدولة للقانون . ذلك المبدأ الذى يجعل واجب احترام القانون واقعاً على عاتق مؤسسات الدولة وسلطاتها ، كما هو واقع على عاتق الأفراد فيها سواء بسواء . وخضوع الدولة للقانون يجعل من الممتنع عليها — فى المجال الجنائى — أن تمارس حقها فى العقاب إلا على أساس نصوص القانون المحدد للجرائم والعقوبات والمعمول به وقت ارتـكاب فعل ما يوصف بأنه جريمة ؛ فإذا ارتـكب شخص فعلا لايوجد نص قانونى بتجريمه ، فإن عقابه يصبح غير ممـكن ، وإذا عوقب عليه كان ذلك اعتداء من جانب السلطة على حقه المشروع فى ممارسة ما لايمنع القانون من ممارسته

---

(٢) See · S A. de Smith, Constitutional and Adminstrative Law London, 1971, p. 39—41.

(٢ ـ أ) الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، القاهرة ١٩٦٢ ، ص ٧٠ . وأستاذنا الدكتور عبد الفتاح الصيفى ، القاعدة الجنائية ، بيروت ١٩٦٧ ، ص ٢٩١ .

وكما يشكل هذا الاعتداء فى المجال الجنائى خروجاً على مبدأ الشرعية ، فإنه يشكل كذلك — فى المجال الدستورى أو السياسى — خروجاً على مبدأ خضوع الدولة للقانون (٢ب) .

ولمبدأ الشرعية فى المجال الجنائى نتائج أهمها أنه حيث يؤخذ بمبدأ الشرعية فإنه لا رجعية للنصوص الجنائية إلى الماضى ، وأن الحاكم حين تعرض لتطبيق النصوص الجنائية فإنها يجب أن تلتزم تفسيرها تفسيراً حرفياً أو ضيقاً ، مجتنبة اللجوء إلى القياس فى التجريم ، أو اللجوء إلى العرف وجعله مصدراً للقاعدة الجنائية (٢ج) .

ونعالج فى هذه الدراسة الموجزة تاريخ مبدأ الشرعية فنعرض لأصوله الرومانية والشرقية القديمة والفرعونية ، ثم نناقش مكان المبدأ فى القانون الانجليزى القديم والحديث ونعنى فى ذلك على وجه الخصوص بمناقشة الفكرة السائدة عن العلاقة بين وثيقة العهد الأعظم Magna Carta الانجليزية وبين مبدأ الشرعية ، ونعرض بعد ذلك لمكان مبدأ الشرعية فى النظام الجنائى الإسلامى ، ثم فى النظم الجنائية الأوربية ، وفى القانون المصرى وقوانين الدول العربية ، ونعالج بعد ذلك الانتقادات الموجهة إلى المبدأ ، والرد عليها ، ثم نعرض لنطاق تطبيقه وهل

(٢ ب) أنظر فى مبدأ خضوع الدولة للقانون : الأستاذ الدكتور محمد طه بدوى ، مذكرات فى علم السياسة ، الرياض ، ١٩٧٥ ص ١٠٢ — ١٠٤ .

وكذلك: A.V. Dicey (Wade, Editor), An Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 10 the Ed., 1965, PP 208 et seq.

وتنص المادة (٦٥) من دستور ١٩٧١ فى مصر على أن الدولة تخضع للقانون . وهو أول نص على ذلك فى الدساتير المصرية منذ ١٩٢٣ ، ويبدو أنه قصد به قطع الطريق أمام حدوث تجاوزات للسلطة من نوع ما تكرر حدوثه فى العهود السابقة وعلى الأخص ما بين سنتى ٥٤ — ١٩٧٠

(٢ج) أنظر رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ١٩٢ — ١٩٣ . وفى نفس المعنى :

Alf Ross, On Gulit, Responsibility and Punishment, London, 1975, P. 57.

يقتصر على العقوبات أم يشمل كذلك التدابير الاحترازية ، وتناقش أخيراً موقف التشريعات التي لم تأخذ بمبدأ الشرعية .

٢ — تاريخ مبدأ الشرعية

يعتبر مبدأ الشرعية من المبادىء العريقة فى التشريعات الجنائية إذ يرجع التاريخ المتفق عليه لتطبيق مبدأ الشرعية إلى العهد الجمهورى للقانون الرومانى(٣) على أن بعض النظم القانونية القديمة الأخرى قد عرفت ، بصورة ما ، تطبيق مبدأ الشرعية ونجد ذلك على الأخص فى قانون حمورابى وقوانين مصر الفرعونية على النحو الذى نبينه فى الفقرتين التاليتين .

٢ - ١ - فى قانون حمورابى :

ويبدو أن بعض القوانين الشرقية القديمة — والتى سبقت فى الوجود القانون الرومانى — قد عرفت أيضاً مبدأ الشرعية ، فبعض المصادر الحديثة تشير إلى مايفيد التزام هذا المبدأ فى العراق فى ظل قانون حمورابى ، ومن المعروف أن حمورابى هو أحد الملوك البابليين الذين حكموا العراق القديم ، وأنه تولى سلطة

---

(٣) الدكتور رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ١٧ و ١٩١ ، والدكتور عبد الفتاح الصيفى ، المرجع السابق ، ص ٢٩٢ . وأنظر أيضا :

Kunkel, Wolfgang, Roman Legal and Constitutional History, Oxford, 1973, P. 64—65 (2 nd Ed. Translated from German)

وص ٧٠ ـ ٧١ حيث يشير المؤلف ، وهو أستاذ القانون الرومانى بجامعة ميونخ الألمانية ، إلى أن القضاة المعينين فى المحاكم الاستثنائية **Extraordinary** فى العهد الإمبراطورى كان من سلطتهم العقاب على أفعال لا يوجد قانون صريح بتجريمها .

الحكم فى حدود عام ١٧٥٠ ق . م .[٤] ولسنا نستطيع أن نقرر بيقين وجود نص صريح على مبدأ الشرعية فى هذه التشريعات القديمة .

ولكن الأخذ بالمبدأ مستفاد — ضمناً — من وجود العديد من النصوص التى تجرم أفعالا معينة وتقرر لها عقوبة محددة . إذ ما كان المشرع بحاجة إلى إيراد هذه النصوص العديدة لو لم يكن قيام الجريمة وتحديد عقوبتها مرتهناً بوجود نص قانونى صريح[٥] .

فقد تضمن تشريع حمورابى ثمانية وسبعين نصاً جنائياً — على الأقل — يحدد كل منها جريمة معينة ، ويقرر العقوبة عليها . ورغم أن عدداً من هذه الجرائم كان مما استقر العرف والتشريعات البدائية السابقة على تجريمه ، إلا أن الجديد فى هذه الجرائم لم يكن بالعدد القليل . كما أن مبدأ انفراد الدولة بإصدار القوانين التى تحدد الجرائم والعقوبات واستقلالها بحق توقيع العقاب قد وجد مجالا لتأكيده فى هذا التشريع[٦] .

٢ - ٢ - فى مصر الفرعونية :

ويبدو أن مصر الفرعونية قد عرفت أيضاً مبدأ الشرعية فى وقت قريب من الوقت الذى ظهر فيه هذا المبدأ فى القانون البابلى .

فقد حفظت لنا الآثار المصرية نصاً لقوانين حور محب الذى تولى الملك حوالى سنة ١٣٣٤ قبل الميلاد وتوفى سنة ١٣٠٤ قبل الميلاد .

---

(٤) الأستاذ الدكتور إبراهيم الغازى ، تاريخ القانون فى وادى الرافدين والدولة الرومانية ، ص ٧٥ و ١٤٩ .

(٥) فى استخلاص مبدأ الشرعية من تعداد الجرائم والعقوبات فى نصوص القانون ، أنظر محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، ص ٧١ — ٧٢ .

(٦) انظر الدكتور إبراهيم الغازى ، المرجع السابق ، ص ٧٨— ٧٩ و١٤٩ — ١٥٨ .

وفى هذا النص بيان لعدد من الجرائم ؛ والعقوبات المحددة لها والتى أعلن حور محب أنهـا ستطبق لإقرار الأمن والنظام فى المجتمع المصرى فى عهده [(٧)] .

٣ — المبدأ فى القانون الانجليزى

يذهب عدد من المصادر الحديثة إلى القول بأن الأصول الأولى لمبدأ الشرعية ترجع إلى الوثيقة الإنجليزية الشهيرة **Magna Carta** [(٨)] والتى صدرت فى صورة منحة من الملك جون بعد خلاف طويل بينه وبين نبلاء الشمال حول حقوقهم — كأمراء إقطاع — قبل الملك وواجباتهم نحوه . وقد صدرت هذه الوثيقة — لأول مرة — فى ١٥ يونيو ١٢١٥ م[(٩)]. وتضمن نص المادة ٣٩ من هذه الوثيقة أنه « لن يقبض على شخص حر أو يسجن أو يحرم من أملاكه أو يعتبر خارجاً على القانون أو ينفى أو يحرم بأى طريق كان من مركزه (أو سمعته) ، ولن

---

(٧) راجع فى ذلك : الدكتور أحمد فخرى ، مصر الفرعونية ، ط ٣ ، ١٩٧١ ، ص ٣٣٦ ـ ٣٣٨ . وكتاب الحياة اليومية فى مصر فى عهد الرعامسة تأليف بيير مونتيه (بالفرنسية) وترجمة عزيز مرقس ، ١٩٦٥ ، ص ٣٤٨ ـ ٣٤٩ .

(٨) فى الإشارة إلى هذا الأصل لمبدأ الشرعية أنظر : محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، ص ٧٠ ـ ٧١ . وعبد الفتاح الصيفى ، المرجع السابق ، ص ٢٩٢ . ويشير المصدر الأول إلى مرجع ألمانى ، بينما يشير المصدر الثانى إلى مرجع فرنسى وآخر إيطالى . وقارن : الدكتور رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ١٩٠ .

(٩) وليس فى ١٢١٦ كما جاء فى مؤلف الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، وقد قلنا فى المتن إنها صدرت لأول مرة فى ١٢١٥ ، لأن عدداً من الملوك بعد الملك جون قد أعادوا إصدارها معلنين تمسكهم بها كأساس لعلاقتهم بأمراء الإقطاع فى انجلترا . وقد كان أول من أعلن تمسكه بها **William Marshal** الوصى على عرش الملك هنرى الثالث . ثم أعاد هنرى الثالث نفسه إصدارها فى عام ١٢٢٥ م . وقد جاء بعد ذلك الملك إدوارد الأول ليعيد إصدر العهد الأعظم فى صورة قانون متضمنا النص الذى أصدره هنرى الثالث . أنظر بتفصيل واف :

J. J. Bagley and P. B. Rowley, A Documentary History of England. vol. I, pp. 97—99

نستعمل القوة ضده أو نسمح للاخرين باستعمالها إلا بعد محاكمة قانونية من أندادم أو طبقا لقانون البلاد »(١٠) وعلى أساس من هذا النص ذهبت المصادر المشار إليها آنفا إلى القول بأن أصول مبدأ الشرعية وجدت فى وثيقةالعهد الأعظم الانجليزية . وأن النظام القانونى الانجليزى سبق غيره من النظم القانونية — بل وسبق الأفكار الفلسفية — إلى اعتناق هذا المبدأ(١١) .

والواقع أن لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات فى القانون الانجليزى وضعاً خاصاً ، هو نتيجة الطبيعة الخاصة لهذا القانون ذاته(١٢) . ذلك أنه إذا كان مصدر القواعد الجنائية فى غالبية دول العالم هو النص المكتوب ، أو التشريع الصادر من السلطة التشريعية في الدولة محددا للجرائم والعقوبات ، فإن القواعد الجنائية فى القانون الانجليزى لها إلى جانب التشريع الصادر من البرلمان Acts of Parliamnet مصدر آخر هو الشريعة العامة English Common Law والتى تكونت أساسا

---

(١٠) أنظر النص الكامل لوثيقة العهد الأعظم فى المصدر السابق ص ١٠٠ — ١١٣ . ويلاحظ أن الغالبية من الباحثين يترجمون النص المذكور « وطبقا لقانون البلاد » بينما الكلمة الأنجليزية هى OR التى تعنى أن المحاكمة إما أن تكون طبقا لقانون البلاد ، أو بواسطة نظراء الشخص المقدم للمحاكمة .

See, Sir Matthew Hale, The History of the Common Law of England, Chicago University, 1971 (First Ed. 1713) P. 33 and Curzon, English Legal History, P 24 But oc. Bagley, and Rowley, P. 107 and Potter's Outlines of English Legal History, 1965, P. 93.

(١١) أستاذنا الدكتور عبدالفتاح الصيفى ، المصدر السابق ، ص ٢٩٢ وص ١٩٠ حيث يقرر سبق القانون الإنجليزى للافكار الفلسفية التى أدت إلى نشأة المذهب وانتشاره فى معظم الدول الأوربية فى العصر الحديث .

(١٢) درس وضع مبدأ الشرعية وتطوره فى القانون الأنجليزى الأستاذ الدكتور محمد محيى الدين عوض ، المبادئ الأساسية للقانون الجنائى الانجلو — أمريكى ، القاهرة ١٩٦٣ ، ص ص ٧٠ — ٧٧ .

من السوابق القضائية والاعراف التى حظيت بتأييد القضاء(١٣) .

وعلى الرغم من زيادة معدل تدخل البرلمان الانجليزى فى مجال التشريع الجنائى بإصدار قوانين تجرم أفعالا معينة وتحدد عقوباتها ، إلا أن عددا لا يستهان به من الجرائم الهامة لا يزال يعتمد بشأنه أساسا على القواعد المقررة فى الشريعة العامة Common Law . ولعل من أهم هذه الجرائم القتل والتآمر والشروع فى الجرائم الخطيرة ، وقد كانت السرقة أيضاً جريمة غير نصية إلى أن صدر قانون السرقة Theft Act 1968 فأصبحت الجريمة وعقوبتهـا ، مقررتين بموجب نص تشريعى(١٤) .

ويبدو لنا أنه من الصعب التسليم بأن القانون الانجليزى سبق غيره من النظم القانونية الأخرى فى الاعتراف بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات كما أنه من الصعب التسليم بأن أصل هذا المبدأ هو نص المادة ٣٩ من الوثيقة الشهيرة Magna Carta ولبيان وجهة نظرنا فى هذا الصدد نناقش فى الفقرتين التاليتين علاقة هذه الوثيقة بمبدأ الشرعية فى ضوء الظروف التاريخية التى صدرت فيها ، ثم نتعرض لوضع المبدأ ذاته فى القانون الجنائى الانجليزى فى الوقت الحاضر على أساس مناقشة بعض الأحكام الحديثة التى تناولت حق الحاكم فى العقاب على أفعال لم يسبق وقوعها صدور قانون يجرمها ، ونتناول بعد ذلك ـ بايجاز ـ موقف الفقه الجنائى فى انجلترا من مبدأ الشرعية .

---

(١٣) **Cross and Jones,** **Introduction** to Criminal Law, Gth Ed., ; 1968, PP. 16 et seq.

(١٤) Ibid. P. 171—184; Smith and Hogan, Criminal Law, 2nd Ed., 1973, P. 175, 190 – 191 & 395-404

٣ — ١ — وثيقة العهد الأعظم :

صدرت وثيقة العهد الأعظم – كما سبق أن بينا – في شكل منحة من الملك جون إلى رعاياه من أمراء الإقطاع في انجلترا إثر نزاع طويل بينهم وبينه حول مدى حقه في اقتضاء ضرائب على أملاكهم ، وفي مصادرة هذه الأملاك دون مبرر مشروع(١٥) . وقد أعيد إصدار الوثيقة التي أعلنت أول مرة في ١٥ يونية ١٢١٥م سبعا وثلاثين مرة ما بين عهد هنرى الثالث وهنرى السادس(١٦) .

ويجمع مؤرخو القانون الانجليزى على أن وثيقة العهد الأعظم إنما تضمنت من النصوص ما يكفل حقوق الأمراء الاقطاعيين Feudal Barons قبل الملك . فيقول H.A. Fisher في كتابه عن تاريخ أوربا « إن أمراء الاقطاع لم يكن لديهم نظرية للحريات » ، « وإنما كانوا يدافعون عن حريات أمراء الاقطاع ، أو رجال الكنيسة أو حكام المقاطعات »(١٧) وقد رأت الأجيال اللاحقة في وثيقة العهد الأعظم أساس النظام البرلماني ، ونظام المحلفين في القضاء الجنائي . ولكن الوثيقة في الواقع لم تذكر أيا من الأمرين . بل إن كلمة Parliament استعملت لأول مرة في عهد

---

(١٥) Bagley and Rowley, Ibid. P. 93. and L.B. Curzon, English Legal History, London, 1970, P. 24

(١٦) Curzon, English Legal History, P. 26.

حيث يقول المؤلف إن الهدف من إعادة إصدار الوثيقة كان تعهد الملوك الذين فعلوا ذلك بأنهم – إلى حد ما – سيتصرفون طبقا للقانون . وقد نصب هنرى الثالث ملكا على انجلترا سنة ١٢١٦ عقب وفاة الملك جون واستمر حكمه ستا وخمسين سنة . بينما نصب هنرى السادس عام ١٤٢٢ واستمر حكمه ٣٩ سنة .

(١٧) H.A. Fisher, A Hoistory of Europe, Lendon, 1948 (8th Ed. P. 302

هنرى الثالث الذى خلف الملك جون على عرش انجلترا(١٨) .

ويقرر الأستاذ Potter أن أمراء الإقطاع فى قلقهم على امتيازاتهم وحقوقهم الاقطاعية ضمنوا وثيقة العهد الأعظم نصا ذا طبيعة رجعية Reactionary هو نص المادة ٣٤ منها، والذى منع الملك من إصدار الأوامر الكتابية Praecil Writs(١٩) إلا إلى أمراء الاقطاع أنفسهم . وبذلك احتفظوا لأنفسهم فقط بحق محاكمة المستأجرين من الأفراد العاديين(٢٠) . وقد اعتبر أمراء الإقطاع محاكمة الأفراد العاديين أمام المحاكم الملكية Royal Courts اغتصابا للسلطة يجب منعه . والمقصود هنا سلطة محاكمهم الاقطاعية التى كانت تقوم بمحاكمة المستأجرين لأراضى الاقطاع(٢١) . ويقرر نفس المؤلف أن عدداً من نصوص العهد الأعظم تبدو فيه الصبغة الاقطاعية واضحة(٢٢) .

ويرى الأستاذ L.B. Curzon أن أهمية الـ Magna Carta تبدو فى المقام الأول فى أنها أول نص تفصيلى لقانون الاقطاع ، وأحد الاتفاقات المحددة الأولى بين الملك وأمراء الاقطاع(٢٣) وإذا كانت روح النصوص الدستورية الرئيسية لوثيقة العهد الأعظم تمثل الخلفية التاريخية لمدد من التطورات القانونية ، فإنه من محض المبالغة أن يقال إن التاريخ القانونى الانجليزى منذ صدور هذه الوثيقة يعتبر امتداداً لمبادئها(٢٤) .

---

(١٨) **Ibid., and Hale, The History of the Common Law, P. 99**
ويقرر المؤلف فى هذا الكتاب أن أول برلمان هو الذى عقده الملك هنرى الثالث فى **Oxford** سنة ١٢٢٧ م .

(١٩) إجراء يقصد به إجبار الشخص الموجه اليه على المثول أمام محكمة الملك والإجابة عن الأسئلة (أو الادعاءات) التى توجه إليه .

(٢٠) **Potter's Outlines of English Legal History, 1965. P. 133**

(٢١) **Ibid., P. 51 (F. N. 19) and P. 52.**

(٢٢) **Ibid., P. 12.**

(٢٣) **Curzon, English Legal History, 1970. P. 25.**

(٢٤) **Ibid., P. 26.**

ونجد تفصيلا أكثر دقة لهذه الحقيقة التاريخية لدى الأستاذين Bagley & Rowley اللذين يقرران أن أمراء الإقطاع فى صراعهم مع الملك جون والذى انتهى بإصدار وثيقة العهد الأعظم لم يعتبروا أنفسهم « كابحى جماح طاغية » أو « مدافعين عن حريات العامة » ولكنهم شعروا أنهم مدفوعون إلى أن يسجلوا كتابة الحقوق والمسئوليات التقليدية للمجتمع الاقطاعى الانجليزى لأن الملك جون — فى نظرهم — كان قد أخفق فى المحافظة عليها (٢٥) ، وقد كانت هذه هى المرة الأولى التى تسجل فيها حقوق الأمراء الاقطاعيين بمثل هـذا التفصيل . ولذلك نظر الناس إليها نظرة خاصة ، ولم يجرؤ الثائرون على الحكومة أو المدافعون عنها على تجاهلها (٢٦) .

وقد نسب البرلمانيون فى القرن السابع عشر ، والمصلحون الاجتماعيون فى القرن التاسع عشر إلى وثيقة العهد الأعظم الحقوق والامتيازات التى شغلوا — فى وقتهم — بالدفاع عنها . والواقع أنهم فسروا الوثيقة التى تحمل الطـابع المتخلف للعصور الوسطى على أنها إعلان للحقوق الدستورية (٢٧) ، وقد نسى السياسيون منذ القرن السابع عشر المحتوى الإقطاعى للوثيقة وأعطوا أهمية أكبر لمـبادىء — تضمنتها — وادعوا أزليتها (٢٨) ، ويقرر المؤلفان استناداً إلى هذه الحقائق التاريخية — سالفة الذكر — أن النظرة الشائعة إلى الوثيقة باعتبارها أساس الحقوق الدستورية الانجليزية لاتدعمها حقائق التاريخ (٢٩) .

ونستطيع فى ضوء هذه النصوص التاريخية أن نقول أن الـ Magna Carta لم تكن عند صدورها تمثل ضماناً لحقوق الشعب الانجليزى بقدر ما كانت تمثل تقييداً لسلطة الملك على أمراء الإقطاع ، وأن نصوصها المختلفة إنما كانت فى الواقع حلولا لمشاكل العصر الاقطاعى كما تجلت فى القرن الثالث عشر الميلادى فى المجتمع الانجليزى .

---

(٢٥) و (٢٦) A Documentary History of England, vol. I. P. 92.

(٢٧) Ibid., P. 91 — 92.

(٢٨) Ibid., P. 93.

(٢٩) Ibid., P. 29 and 98.

فإذا كانت هذه طبيعة الوثيقة الثابتة تاريخياً ، فكيف يمكن لنا أن نفسر نص فقرتها ٣٩ التى يشار إليها عادة كأصل لمبدأ ألا جريمة ولا عقوبة بغير نص .

إن الفقرة ٣٩ من العهد الأعظم تقضى بأنه « لن يقبض على شخص حر أو يسجن ... الخ إلا بعد محاكمة قانونية من أنداده أو طبقاً لقانون البلاد » .

وقد فسرت العبارة الانجليزية « a judgment of his peers » منذ القرن الثالث عشر بحيث تنصرف إلى النبلاء وحدهم دون غيرهم من طبقات الشعب الإنجليزى . فاقتصرت محاكمة الشخص « بواسطة أنداده » على محاكمة النبلاء أمام مجلس اللوردات [٣٠] وبقى للنبلاء فى مقاطعاتهم محاكمة الأفراد العاديين طبقاً للتقاليد الإقطاعية التى سادت فى ذلك العصر ، والتى تأبى بطبيعتها أن يسوى بين الطبقات المتميزة اجتماعياً والطبقات العادية من المواطنين Commons ، وعلى هذا النحو فقط ، وفى هذا الخصوص ، اقتصرت الإشارة إلى نص الفقرة ٣٩ من وثيقة العهد الأعظم فى كتب تاريخ القانون الانجليزى [٣١] .

وبذلك يبين أن نص الفقرة ٣٩ من العهد الأعظم لا يقرر مبدأ عاما يمكن تفسيره بأنه الاصل فى ظهور قاعدة « لاجريمة ولا عقوبة بغير نص » وإنما يقرر ميزة خاصة لطبقة معينة لا تشمل ـ ولم يكن متصوراً أن تشمل ـ بقية الطبقات . وعلى هذا النحو فهم وطبق نص هذه الفقرة منذ وضعه فى القرن الثالث عشر .

وإذ انتهينا بذلك من بيان أن وثيقة العهد الأعظم ، وعلى الأخص نص فقرتها

---

(٣٠) Potter's Outlines. P. 98—99.
ويلاحظ أن كلمة peer فى اللغة الانجليزية كما تعنى النظير والمساوى تعنى عضو طبقة النبلاء . وإلى هذا المعنى الأخير فقط انصرف قصد واضعى العهد الأعظم . ، وعلى أساسه اقتصر تطبيق نص الفقرة ٣٩ منه .

(٣١) أنظر مثلا : المرجع السابق ، وأيضا Curzon, op. cit , p. 193
ويعرف حق النبلاء فى المحاكمة أمام مجلس اللوردات بامتياز النبلاء Privilege of Peerage
وقد بقى معمولا به حتى سنة ١٩٤٨ حيث ألغى بموجب نص المادة ٣٠ من قانون القضاء الجنائى Criminal Justice Act . وانظر فى ذلك .
Peter Archer, The Queen's Courts, London, 1963, P. 89—91.

٢٩ لايمكن أن يعتبر أصلا أو مصدراً لقاعدة شرعية الجرائم والعقوبات . وأيدنا ذلك باستقراء الظروف التاريخية التى صدرت فيها تلك الوثيقة بوجه عام ، وبتطبيق نص فقرتها ٣٩ ـ كما فسرت وفهمت عند صدورها ـ بوجه خاص ، فإننا ننتقل إلى بيان وضع مبدأ الشرعية فى القانون الجنائى الانجليزى المعاصر .

٣ — ٢ — مبدأ الشرعية في القانون الانجليزى المعاصر :

سبق أن قلنا إن مصدر التجريم والعقاب فى القانون الإنجليزى لاينحصر فى النصوص التشريعية الصادرة عن البرلمان Acts of Parliament فحسب ؛ وإنما يتقرر التجريم والعقاب ـ أيضاً ـ بموجب قواعد الشريعة العامة Common Law والتى هى عبارة عن السوابق القضائية والأعراف التى حظيت بتأييد القضاء (٣٢) .

ورغم زيادة معدل تدخل البرلمان الانجليزى عن طريق التشريع فى المجال الجنائى إلا أن عدداً من المبادىء الأساسية للقانون الجنائى لم تحظ حتى الآن بنص تشريعى يقررها . ومن بين هذه المبادىء مبدأ الشرعية ، فليس هناك أى نص فى القوانين الجنائية التى صدرت عن البرلمان الانجليزى حتى الآن يقرر هذا المبدأ . ومن ثم فإن المجال الطبيعى للبحث فى وضع مبدأ الشرعية فى القانون الانجليزى يكون فى أحكام القضاء حيث نرى فى ضوء ماقررته فى هذا الشأن ، وهو ـ فى الوقت ذاته ـ مايمثل القانون الانجليزى فى الوقت الحاضر ، نطاق تطبيق المبدأ ومدى الاعتراف به (٣٣) .

---

(٣٢) أنظر .Cross and Jones, op. cit, p. 16 et seq وفى الفقه المصرى أنظر الأستاذ الدكتور محمد محيى الدين عوض ، المبادىء الأساسية التى يقوم عليها القانون الجنائى الأنجلو أمريكى ، القاهرة ١٩٦٣ ، ص ٧٢ ـ ٧٣ (بحث مستخرج من مجلة القانون والاقتصاد ع ١ س ٣٣) .

(٣٣) يقرر الدكتور محيى الدين عوض فى المرجع السابق أن من الأسباب المعوقة لتطبيق مبدأ الشرعية بالكامل فى انجلترا أن هذا التطبيق يعوق المحاكم عن تطوير القانون . أنظر هامش ٢ ص ٧٢ من المرجع السابق .

لقد تعرض القضاء الانجليزى لمدى جواز العقاب على أفعال لايجرمها نص تشريعى مكتوب فى عدد من القضايا الحديثة من أهمهـا قضيه R. v. Manley (1931) وقضية R.v. Newland (1953) وقضية Shaw v. D P.P. (1961) وقضية Knuller v, D.p.p (1972).

أما القضية الاولى Manley case فقـد كانت وقائعها تخلص فى إبلاغ سيدة هى Elizabeth Manley سلطات البوليس بأن رجلا ـ وصفته ـ هاجمها وسرقها وقد أضاع البوليس وقتاً ثميناً فى التحرى عن الفـاعل ، وعرض عدداً من الأفراد لخطر اتهامهم والقبض عليهم ، ثم تبين أن البلاغ الذى قدمته تلك السيدة كان بلاغاً كاذباً ، وإذ قدمت السيدة المذكورة للمحاكمة دفع محاميها بأنه ليس فى القانون الانجليزى نص يجرم فعلها ، ولكن محكمة لندن الجنائية Central criminal Court أدانها بتهمة الإضرار بالجمهور والذى تمثل فى إضاعة وقت السلطات ، وتعريض الأبرياء للتهم . وقد أيدت محكمة الاستئناف الجنائية هذا الحكم مقررة « أن جميع الافعال الضارة بالمجتمع تعتبر جرائم فى القانون الانجليزى » ولو لم يكن ثمة نص مكتوب يقرر تجريمها ويحدد العقاب عليها (٣٤) .

وفى قضيـة R.V. Newland (1953) 2All E.R. 1067 أيدت محـكمة الاستئناف الجنـائية حـكماً بالإدانة فى تهمـة التـآمر على الإضرار بالمجتمع Conspiracy to effect a public mischief رغم الدفع أمامها بأن القانون الانجليزى لايعرف مثل هذه الجريمة . ومع ذلك فقد قررت هذه المحكمة فى حكمها فى هذه القضية أن إنشاء جرائم جديدة يجب أن يكون اختصاصاً قاصراً على المشرع وحده (٣٥) ، وأنها إنما أيدت الحـكم بالإدانة لاقتناعها بأن جريمة التـآمر

---

(٣٤) أنظر فى تفاصيل هذه القضية
Cross and Jones, Cases on Criminal Law, (4 th Ed) 1968, P. 297-98.
ويلاحظ أن نص المادة (٥) فقرة (٢) من القانون الجنائى لسنة ١٩٦٧ يجرم البلاغ الكاذب عن ارتكاب جريمة الذى يؤدى إلى أضاعة وقت البوليس ، وعقوبة هذا البلاغ الكاذب هى الحبس لمدة لاتزيد على ستة أشهر ، أو غرامة لاتزيد على مائتى جنيه ، أو الحبس والغرامة معا .

(٣٥) أنظر المرجع السابق ، ص ٣٠٠ ـ ٣٠١ . وقد صدر حكم محكمة الاستئناف عن رئيس القضاء Chief Justice فى بريطانيا فى ذلك الوقت Lord Goddard

Conspiracy هى من جرائم الشريعة العامة التى استقر القضاء على العقاب عليهـا ، وإن لم يكن ثمة نص مـكتوب يقرر ذلك ، أو تعريف محدد لجريمة الإضرار بالمجتمع .

وتبدو أهمية قضية Newlaud لا فى إقرار المحكمة للمبدأ الذى سبق للمحاكم البريطانية أن أخذت به فى خصوص العقاب على الأفعال الضارة بالمجتمع فحسب ، وإنما فى تقريرها أن إنشاء الجرائم الجديدة لم يعد من اختصاص المحاكم وإنما من اختصاص المشرع . الأمر الذى يعنى أن العقاب على فعل معين يقتضى سبق تجريم هذا الفعل وتحديد عقوبته بنص تشريعى .

وقبل مضى سنة واحدة كانت محكمة الاستئناف الجنائية أيضاً تنظر قضية Joshua v. R. (1955) حيث أعادت فيها تقرير ذات المبدأ السالف الذكر (٣٦) ولاشك أن هذين الحـكمين يشكلان اتجاهاً واضحاً نحو الالتزام بمبـدأ الشرعية وتطبيقه تطبيقاً دقيقاً .

ولكن قضية Shaw v. D.P.P. (1961) 2 All E.R. 446 والتى نظرها مجلس اللوردات أثارت ضباباً كثيفاً حول التزام القضاء الانجليزى بمبدأ الشرعيـة واتجاهه إلى الاعتراف الكامل بحق الأفراد فى ألا يدانوا أو يعاقبوا إلا على أفعال سبق ارتكابها صدور قانون يجرمها.

وتخلص وقائع هذه القضية التى شغلت ــ ولا تزال تشغل ــ فقهـاء القانون الجنائى فى بريطانيا فى أن Shaw قد نشر مع آخرين كتيباً حوى إعلانات عن عدد من النساء المحترفات للبغاء وصوراً لبعضهن وتفاصيل لمايمارسنه ، بغية الإغراء بالتعامل معهن ، وقدم Shaw إلى المحاكمة وأدين بتهم التآمر على إفساد الأخلاق.

---

(٣٦) مشار اليها فى Cross and Jones, Introduction p. 20 F. N. (R) وأيضاً لدى الدكتور محمد محيى الدين عوض ، المرجع السابق ، ص ٧٢ . ويلاحظ أن خطأ مطبعيا قد وقع فى هذا المرجع فكتب حرف F بدل من حرف J .

وقد أيدت محكمة الاستئناف الجنائية ، ثم أيد مجلس اللوردات حكم المحكمة الجنائية القاضى بالإدانة (٣٧) .

وقد كان دفاع Shaw أمام محكمة الاستئناف ثم أمام مجلس اللوردات قائماً على أساس أن المحاكم البريطانية ليس من سلطتها العقاب على أفعال لم يجرمها القانون المكتوب الصادر من البرلمان . ولكن مجلس اللوردات لم يحفل بهذا الدفاع وقرر أنه فى مجال القانون الجنائى لاتزال — بلاشك — لدى المحاكم سلطة باقية Residual Power للعقاب على « النشاط الضار بسعادة الجمهور فى الأحوال التى لم يتدخل فيها البرلمان بتشريع يحل محل الشريعة العامة »(٣٨) .

وقد اعتبر حكم مجلس اللوردات فى هذه القضية تأكيداً وإقراراً للمبدأ الذى قررته محكمة الاستئناف الجنائية فى قضية Manley سنة ١٩٣١ (٣٩) ، ولذلك فإنه يمكن القول بأن مجلس اللوردات فى حكمه فى قضية Shaw قد اتجه إلى التوسعة من من نطاق القانون الجنائى بالعقاب على أفعال التى لاتجرمها نصوص القانون ، وبالتالى فإن المجلس — فى هذه القضية — قد وقف موقفاً عدائياً من تطبيق مبدأ الشرعية (٤٠) ، وذلك على الرغم من أن بعض القضاة فى تلك القضية كان من رأيهم أن سلطة المحاكم يجب أن تقتصر على تطبيق أحكام الجرائم القائمة فعلا على الوقائع الجديدة ، أو بعبارة أخرى ، كانوا يرون الالتزام الكامل بمبدأ الشرعية (٤١)

---

(٣٧) أنظر فى تفاصيل هذه القضية : Cross & Jones, Cases, P. 298-302
(1961) 2 All E. R. 446 et sep. and also,
Smith & Hogan, Criminal Law, PP, 178-189 (1976 Ed.).

(٣٨) Cross and Jones, Ibid., P. 299. وما بين القوسين فى المتن نقل عن ترجمة الدكتور محمد محيى الدين عوض لحكم مجلس اللوردات ، المصدر السابق ، ص ٧٣ هامش ١ .

(٣٩) Smith&Hogan, Ibid, p.187 - Cross&Jones. Introduction, p.20

(٤٠) Smith & Hogan, Ibid.; Harris, Criminal Law, 1973, p. 67.

(٤١) Lord Simon of Glaisdale, quoted by Smith and Hogan, Ibid.

وقد عرض مجلس اللوردات — مرة أخرى — لمسألة حق المحاكم فى العقاب على أفعال لم يسبق صدور قانون بتجريمها فى صدد قضية
Knuller (Pubishing, Printing and Promotions) Ltd.v. D. PP. (1972)2 All E.R. 898

وعلى الرغم من أن المجلس قد أيد فى هذه القضية الحكم الصادر بالإدانة فى جريمة التآمر لإفساد أخلاق الجمهور ، إذ كانت شركة Knuller قد نشرت إعلانات تسهل ارتكاب الشذوذ الجنسى بين الذكور البالغين فى أماكن خاصة (٤٢) ، متبعة فى ذلك نفس المبدأ الذى سبق له إقراره فى قضية Shaw ، إلا أن نقطتين جديرتين بالاهتمام قد أثيرتا فى قضية Knuller :

النقطة الأولى هى أن بعض القضاة فى هذه القضية قد رأوا أن الحكم الذى أصدره المجلس — مجلس اللوردات — فى قضية Shaw لم يكن حكماً صحيحاً فى القانون . فقد ذهب Lord Reid إلى أن المجلس أخطأ فى تطبيق القانون فى قضية Shaw . ومع ذلك فقد رأى عدم العدول عن المبدأ الذى تقرر فيها حفاظاً على عنصر اليقين Certainty الذى يجب أن تصطبغ به أحكام القانون(٤٣)

أما Lord Diplock فقد كان من رأيه أن جريمة التآمر لإفساد أخلاق الجمهور لم تكن معروفة فى القانون الانجليزى قبل حكم مجلس اللوردات فى قضية Shaw . ولذلك طالب بعدم اعتبار هذا الحكم سابقة قضائية جديرة بالاتباع ، أى طالب بالعدول عنه . ولكن أغلبية المجلس قررت أنه من غير المناسب مخالفة هذا الحكم(٤٤) .

أما النقطة الثانية فهى أن المجلس قرر بحسم ظاهر أنه ليس لدى المحاكم سلطة باقية لخلق جرائم جديدة . وأن هذه السلطة مقصورة فقط على البرلمان (٤٥) ، وتبدو أهمية الحكم (حكم Knuller) فى أنه يعكس لأول مرة بوضوح تام اتجاه

---

(٤٢) Harris. op. cit. p. 67 ; Smith & Hogan, p. 187.

(٤٣) Quoted by Smith and Hogan, op. cit.

(٤٤) أنظر فى تفصيل ذلك : Harris, Criminal Law, p. 67

(٤٥) Smith and Hogan. Ibid.

مجلس اللوردات إلى تطبيق مبدأ الشرعية بحيث لا يكون للمحاكم أن تعاقب إلا على أفعال سبق ارتكابها صدور تشريع من البرلمان بالعقاب عليها . الأمر الذى يشكل ، من جهة ، عدولا صريحا عن المبدأ الذى سبق للمجلس أن تبناه فى قضية Shaw والذى يعتبر ، من جهة أخرى ، نقطة تحول فى القانون الجنائى الانجليزى نحو اعتناق مبدأ الشرعية ولذلك فإنه يمكننا أن نقول إن هذا الحكم الذى صدر من مجلس اللوردات ينهى فترة من التردد الذى ظهر فى أحكام المحاكم فى تطبيق المبدأ . ومع ذلك فإن اعتراف القانون الإنجليزى بمبدأ الشرعية لا يزال – حتى اليوم – مشوبا بعيبين ، أو منتقداً من وجهتين :

أولهما : أن المشرع لم يتدخل حتى الآن بإصدار تشريع يقرر المبدأ ويلزم القضاء باتباعه . ومهما يكن من أثر الحكم الذى أصدره مجلس اللوردات فى قضية Knuller فإنه يبقى أقل أثراً من القانون الصادر عن البرلمان ، وأدنى مرتبة منه . وليس هناك ما يمنع – نظريا على الأقل – من العدول عن هذا المبدأ مرة أخرى .

والوجه الثانى أن المحاكم البريطانية لا تزال فى إمكانها – حتى بعد هذا الحكم الأخير – أن تتوسع فى تفسير القواعد الجنائية التى تستند إلى الشريعة العامة Common Law بحيث تشمل بالعقاب أفعالا ليس ثمة نص صريح بالعقاب عليها . ولا شك أن التوسع فى التفسير يخالف مبدأ الشرعية الذى يوجب أن يكون تفسير النصوص الجنائية تفسيراً ضيقا ، أى أن يقتصر تطبيق النص على الأفعال المذكورة فيه صراحة دون غيرها[٤٦] .

ولهذين السببين فإن الفقه فى بريطانيا لا يزال يطالب بعناية أكبر بمبدأ الشرعية ، وذلك ما نتناوله بالبيان فى الفقرة التالية .

---

(٤٦) See: Alf Ross, On Guilt, Responsibility and Punishment London, 1975, p. 57.

٣ — ٣ الفقه الجنائي في انجلترا ومبدأ الشرعية :

من المسلم به أن مبدأ الشرعية يؤدى فى تطبيقه إلى توفير حماية قانونية ، على جانب كبير من الأهمية ، ومؤداها أن يأمن المواطن على نفسه من تعسف السلطة القضائية وتحكمها ، ومن جزاء غير متوقع على أفعال كان يعتقد — حين ارتكابها — بحق أنها لا تقع تحت طائلة قانون العقوبات(٤٧) ، ولذلك كان من لوازم الاعتراف بمبدأ الشرعية أن يكون القانون الجنائى معلنا على الكافة ، وأن تكون نصوصه واضحة وحاسمة لا تحتمل التأويل حتى تعطى تنبيها مسبقا بما هو محظور من الأفعال(٤٨) .

وكلما كان واضحا فى النظام القانونى اعتناق مبدأ الشرعية كلما كان الفقه أكثر حفاوة بهذا المبدأ ، وتعليقا عليه واستناداً إليه . والفقه عين المجتمع الساهرة على نظامه القانونى يقدمه للناس ميسراً ومفصلا فيعرفهم بحقائقه ويطلعهم على خصائصه ، وهو مرآة هذا النظام تبدو فيها للمشرع والقاضى عيوبه وأوجه النقص فيه ، فيعملان على تلافيها فى التشريع وفى التطبيق .

وقد بدأت عناية الفقه الانجليزى بمبدأ الشرعية في القرن التاسع عشر عندما كتب الفقيه الدستورى الكبير A.V. Dicey كتابه عن القانون الدستورى فى بريطانيا فأشار فى الفصل الخاص بالحرية الشخصية إلى مبدأ الشرعية مدعياً أن أقرب ما يمكن نسبة المبدأ إليه من قواعد القانون الإنجليزى هو نص المادة ٣٩ من وثيقة العهد الأعظم(٤٩) .

---

(٤٧) Alf Ross, Ibid.

(٤٨) الدكتور/ محمد محيى الدين عوض ، المصدر السابق ، ص ٧٠ — ٧١ .

(٤٩) A.V. Dicey, An Introduction to the Study of the Law of the constitution, 10the Ed., 1965 (1st Ed. 1885), p. 206 - 207.
ونحن نعتقد أن كتابات Dicey هى السبب فى ذلك الخطأ الشائع فى فهم نص المادة ٣٩ من وثيقة العهد الأعظم إذ يبدو أن هذه الكتابات قد لقيت رواجاً فى القارة الأوربية ، ونقل عنها الكثيرون =

وقد انتقدت وجهة نظر Dicey بهذا الشأن انتقاداً شديداً ، وتضمن هذا النقد نفياً قاطعاً لادعاء اعتراف القانون الإنجليزى بمبدأ الشرعية أو أخذه به . وقد بنى هذا النقد — بين أشياء أخرى — على أساس أن حق الحاكم الإنجليزية فى العقاب على الأفعال الضارة بالمجتمع Public Mischief رغم عدم تحديد هذه الأفعال أو حصرها بقانون ، يتضمن بالضرورة إهداراً لمبدأ الشرعية(٥٠) .

وفى مجال الفقه الجنائى الإنجليزى — على وجه الخصوص — نجد انتقاداً واضحاً لعدم تطبيق مبدأ الشرعية والمتمثل فى إقرار حق الحاكم فى العقاب على أفعال لم تشملها نصوص القانون صراحة بالتجريم . فيقول الفقيهان Cross & Jones أن « مبدأ الشرعية الذى يعبر عنه بقاعدة لاجريمة ولا عقوبة بغير نص يعد أكثر أهمية من ناحية حرية المواطن من مبادىء أخرى كالتى يحتويها مبدأ القصد الجنائى (أو التصور الإجرامى) Mens rea ، وقاعدة وجوب إثبات الجريمة ونسبتها إلى المتهم دون ماشك فى ذلك . ومع هذا فإن هذه المبادىء تحظى بعناية أكبر من العناية التى يحظى بها مبدأ الشرعية فى كتب القانون الجنائى الإنجليزى »(٥١) .

وينتقد هذان الفقيهان كذلك مبدأ الاعتماد على السوابق القضائية لتمكين الحاكم من تطوير القانون الجنائى بحيث يتضمن السماح لها بالعقاب على أفعال جديدة بأنه يخلق نوعا من عدم اليقين بالنسبة إلى نطاق تطبيق القاعدة الجنائية(٥٢) .

= دون فحص نقدى لمحتواها أما فى بريطانيا ذاتها فقد كانت هذه الكتابات محل نقد واعتراض مبكرين أديا إلى ضعف أثر ما فيها من أفكار غير صحيحة حول وثيقة العهد الأعظم وخاصة حول تفسير نص المادة ٣٩ منها .

(٥٠) انظر فى تفصيل ذلك Sir Ivor Jennings. The Law and the Constitution, London, 5th Ed. 1960 (1st Ed. 1933), p. 51 - 52,
حيث يقول المؤلف بعد أن ذكر خصائص مبدأ الشرعية ونتائجه أن القانون الأنجليزى لا يقر هذه القواعد الدقيقة :
" It may be noted that English Law does not entirely satisfy these rigorous rules ".

(٥١) Cross & Jones, Introduction, p. 19

(٥٢) Ibid.

وعلى هذا الأساس، ولهذه الأسباب ذاتها تضافر فقهاء القانون الجنائى فى انجلترا على انتقاد الحكمين اللذين صدرا من محكمة الاستئناف الجنائية، ومن مجلس اللوردات — على التوالى — فى قضيتى Manley و Shaw(٥٣).

ولا يقتصر الفقه الإنجليزى على انتقاد سلطة المحاكم فى العقاب على جرائم جديدة فحسب، وإنما ينتقد الفقه كذلك — وبشدة — إصدار بعض تشريعات جنائية ذات أثر رجعى. فقد دأب البرلمان الإنجليزى حتى الثلث الأخير من القرن الماضى على إصدار تشريعات جنائية ذات أثر رجعى تضمنت عقوبات مصادرة الأملاك والحرمان من حق ارث أو توريث الالقاب والحقوق. وكان ضحايا هذه القوانين عادة من الخصوم السياسيين للملك أو الدولة، وقد عرفت هذه القوانين باسم Bills of Attainder أو Bills of Pains and Penalties وقد توقف صدورها بموجب قانون المصادرة Forfeiture Act, 1870(٥٤).

ويصف الأستاذ Harding البرلمانات التى أصدرت هذه القوانين بقوله « إن سيادة القانون بالنسبة لهذه البرلمانات لم تكن تعنى أكثر مما تعنيه اليوم بالنسبة إلى (محكمة شعب) معاصرة »(٥٥).

ولذلك فإنه يمكننا أن نقول إن الفقه الجنائى الانجليزى ينادى بتطبيق مبدأ الشرعية بالاعتماد على التشريع فقط كمصدر لقواعد التجريم والعقاب. وينتقد

---

(٥٣) Ibid, p. 19 – 21 Smith and Hogan, op. cit, pp. 187-189; Hall Williams, Modern Law Review, 1961, No. 24, p. 626. والمصادر الأخرى المشار إليها فى كتاب Smith & Hogan

(٥٤) انظر فى تفصيل ذلك Alan Harding, A Social History of English Law. London. 1966, PP. 233-4. 243 and 253; Obsorn. Law Dictionary (5th Ed. 1964). p. 37. 49; Mozley and Whiteley, Law Dictionary, (8th Ed. 1970). P. 32, 44.

(٥٥) Alan Harding, Ibid, p. 243

بشدة خرق المبدأ فى صورة إصدار قوانين جنائية ذات أثر رجعى . وفى الوقت ذاته يدعو الفقه الإنجليزى إلى بذل عناية أكبر فى شرح المبدأ ودراسته فى مؤلفات القانون الجنائى .

ويتسق مع هذا الاتجاه الفقهى قضاء مجلس اللوردات فى أحكامه الحديثة كما عبر عنه على وجه الخصوص حكمه الصادر فى قضية **Knuller** التى سبقت الإشارة إليها .

٤ ـ الشريعة الإسلامية ومبدأ الشرعية

بينا فيما سبق أن النظم القانونية القديمة قد عرفت ـ بصورة أو أخرى ـ مبدأ الشرعية . ومع تطور الفكر البشرى ، وتقدم الفن القانونى **Legal technique** ظهر مبدأ الشرعية فى صورة واضحة كقاعدة محددة ، ذات نتائج متميزة . فهل عرف التشريع الجنائى الإسلامى هذه القاعدة ؟

إن استقراء النصوص التشريعية فى المصدرين الأساسيين للشريعة الإسلامية (القرآن والسنة) سواء كانت نصوصاً تقرر قواعد قانونية عامة ، أو نصوصا جنائية ، يبين أنه ليس هناك نص بعينه يقرر قاعدة ألا جريمة ولا عقوبة بغير نص . ومع ذلك فإن استنتاج أخذ القانون الجنائى الإسلامى بمبدأ الشرعية ، وإقراره له ، من بعض نصوص القرآن والسنة ، ومن بعض القواعد الأصولية استنتاجا سائغاً ، أمر غير عسير(٥٦) .

فأما آيات القرآن الكريم فمنها قوله : « وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا » الإسراء — ١٥ .

وقوله تعالى : « وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث فى أمها رسولا يتلو عليهم آياتنا » القصص — ٥٩ .

وقوله مخاطباً الرسول صلى الله عليه وسلم « قل للذين كفروا أن ينتهوا يغفر

---

(٥٦) يكاد ذلك أن يكون موضع إجماع من الباحثين المعاصرين أنظر مثلا : عبد القادر عودة ، التشريع الجنائى ، جـ ١ ص ١١٥ ـ ١٢٠ ، الشيخ محمد أبو زهرة ، الجريمة والعقوبة ، جـ ١ ص ١٨٤ ـ ١٨٦ ، الدكتور عبد الأحد جمال الدين ، تقرير مقدم إلى الحلقة الثانية لتنظيم العدالة الجنائية ، المركز القومى للبحوث الإجتماعية والجنائية ، القاهرة ، مايو ١٩٧٦ ، والدكتورة سلوى بكير ، تقرير مقدم إلى الحلقة ذاتها . على أن بعض الباحثين ينكر ذلك تماما ، وبعضهم يرى أن الشريعة الإسلامية تقر مبدأ الشرعية بصورة جزئية فقط ، وسوف نعرض لهذه الآراء فيما يلى .

لهم ما قد سلف » الأنفال — ٣٨ . وقوله تعالى بعد النص على تحريم بعض صور السلوك « إلا ما قد سلف » النساء — ٢٢ و ٢٣ . وقوله تعالى : « عفا الله عما سلف ومن عاد فينتقم الله منه » المائدة — ٩٥ .

وأما أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم التى تقرر تطبيقات لمبدأ الشرعية فمنها قوله فى حجة الوداع « ألا وإن دم الجاهلية موضوع وأول دم أبدأ به دم الحارث ابن عبد المطلب . وإن ربا الجاهلية موضوع وأول ربا أبدأ به ربا عمى العباس بن عبد المطلب » (٥٧) ، ومنها قوله عليه الصلاة والسلام لعمرو بن العاص : « الإسلام يهدم ماقبله » (٥٨) .

وواضح من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية المتقدمة أن الأصل فى الشريعة الإسلامية هو أن استحقاق العقاب متوقف على سبق الإنذار به . وأن من يرتكب فعلا ما أو يسلك سلوكا ما لا يعاقب على هذا الفعل أو السلوك إلا إذا كان قد سبقه نص تشريعى يجرم الفعل ويوجب عليه العقاب .

ومن مجموع تلك الآيات والأحاديث التى ذكرناها — وما عاثلها مما لم نذكر — استنبط الفقهاء القاعدتين الأصوليتين اللتين تفيدان مضمون مبدأ « لا جريمة ولا عقوبة بغير نص » . وهاتان القاعدتان هما : « لا تكليف قبل ورود الشرع » (٥٩) و « الأصل فى الأشياء الإباحة » (٦٠) ، وتطبيق هاتين القاعدتين فى مجال القانون الجنائى يعنى حظر العقاب على صور السلوك الإنسانى التى لم يرد نص بتجريمها . وقصر العقاب على السلوك المجرم على الحالات التى يرتكب فيها هذا السلوك بعد ورود

---

(٥٧) أنظر النص الكامل لخطبة الوداع فى : الوثائق السياسية للدكتور محمد حميد الله ، ص ٣٠٦ — ٣٠٩ .

(٨٥) جزء من حديث إسلام عمرو بن العاص ، أنظر صحيح مسلم بشرح النووى ، جـ ٢ ص ١٣٦ — ١٣٩ .

(٥٩) الآمدى ، الأحكام فى أصول الأحكام ، جـ ١ ص ٨٦ ، والشوكانى ، إرشاد الفحول ، ص ٧ .

(٦٠) السيوطى ، الأشباه والنظائر ، ص ٦٦ ، وابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص٦٦ .

النص القاضى بالتجريم . وهذا ــ كما سبق أن ذكرنا ــ هو مضمون مبدأ الشرعية كما عرفته النظم القانونية المعاصرة .

فإذا انتقلنا من تقرير المبدأ إلى تطبيقه فى التشريع الجنائى الإسلامى ، فإننا نجد أن الجرائم فى التشريع الإسلامى على ثلاثة أنواع : جرائم الحدود ، وجرائم القصاص ، وجرائم التعزير .

فأما جرائم الحدود فهى الجرائم التى حدد القرآن الكريم أو السنة النبوية عقوباتها تحديداً جامداً لا مجال معه لاجتهاد القاضى أو لممارسته أية سلطة تقديرية فى شأنها . ولكل جريمة من هذه الجرائم نصوص خاصة بها فى القرآن الكريم أو السنة النبوية تحدد الفعل المعاقب عليه والعقوبة المقدرة له . وبعض هذه الجرائم تمثل اعتداء على المال والأمن كجريمتى السرقة والحرابة ، وبعضها الآخر يمثل اعتداء على العرض والشرف كجريمتى الزنا والقذف(٦١) .

وأما جرائم القصاص فهى جرائم الاعتداء على النفس بالقتل والجرح والضرب. وقد تقررت هذه الجرائم وعقوباتها بنصوص القرآن والسنة كذلك على النحو الموضح فى موضعه من كتب الفقه الإسلامى(٦٢) .

وأما جرائم التعزير (وهى المعاصى التى لاحد فيها ولا كفارة) فإن النصوص المتعلقة بها تحدد ، عادة ، الجريمة دون العقوبة . ويترك أمر العقوبة للسلطة المختصة

---

(٦١) من الجدير بالذكر : أن الرأى السائد فى الفقه الإسلامى يذهب إلى اعتبار جرائم أخرى من جرائم الحدود وهى الردة وشرب الخمر والبغى . وعندنا أن الردة وشرب الخمر جريمتان تعزيريتان ، وأن البغى لا يعد جريمة وإنما يدخل تحت ما يعرف فى الفقه الإسلامى بمنع الصيال أو دفع الصائل .

وفى تفصيل رأينا والاستدلال له أنظر بحثنا عن جريمة شرب الخمر وعقوبتها فى العدد الخامس من المجلة العربية للدفاع الاجتماعى ، القاهرة ١٩٧٣ . وفى شأن الردة وعقوبتها رسالتنا عن نظرية العقوبة ، (بالانجليزية) جامعة لندن ، ١٩٧٢ (غير منشورة) وعلى وجه الخصوص راجع الفصل الثانى منها . وفى شأن البغى مذكراتنا لطلبة تخصص الدراسات الإسلامية بجامعة الرياض ١٩٧٤ ، ص ٣ ــ ٥ (على الآلة الكاتبة) .

(٦٢) من الدراسات الحديثة القيمة فى هذا الخصوص رسالة الدكتور أحمد محمد إبراهيم بعنوان « القصاص فى الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات المصرى » جامعة القاهرة ، ١٩٤٤ .

فى الدولة ـ تفرضها إن كانت هى السلطة التشريعية ، وتوقعها إن كانت هى السلطة القضائية ـ فى إطار العقوبات المسموح بتوقيعها فى الشريعة الإسلامية[٦٣] ؛

ومن ذلك يبين أن تطبيق مبدأ الشرعية فى القانون الجنائى الإسلامى يتم فى أحد إطارين : إطار جامد ، فى جرائم الحدود والقصاص ، حيث يأتى النص محدداً للفعل المجرم وللعقوبة المقررة له : وإطار مرن فى جرائم التعزير حيث تبين النصوص الأفعال التى تعتبر ـ أو يمكن أن تعتبر ـ جرائم تعزيرية ، وتترك تحديد العقاب عليها للسلطة المختصة فى الدولة تراعى فى تقريره وتوقيعه ظروف الزمان والمكان ، والظروف الشخصية للجانى[٦٤] .

ومن خلال نظام التعزير تمارس السلطة التشريعية فى الدولة الإسلامية المعاصرة واجبها فى حماية المصالح الاجتماعية المتجددة ، وذلك بتجريم الأفعال التى تشكل إخلالا بهذه المصالح وتحديد العقوبات عليها . ومن المسلم به لدى الفقهاء ، أنه لا يجوز لهذه السلطة أن تفرض مثل هذه العقوبات بأثر رجعى . ولا أن تعاقب على أفعال لم يسبق تجريمها وإنذار مرتكبيها بالعقاب . وفى ذلك يقول القاضى أبو يعلى فى وصف حق الحاكم فى العقاب على أفعال لم ترد بتجريمها نصوص القرآن أو السنة .

« ويقدم الإنكار ولا يعجل بالتأديب قبل الإنذار »[٦٥] .

٤ — ١ — رأى مخالف ، ورد عليه :

قلنا فيما سبق إن الاعتراف بوجود مبدأ الشرعية فى القانون الجنائى الإسلامى

---

(٦٣) أنظر فى تفصيل ذلك : بحثنا عن التعزير فى الفقه الجنائى الإسلامى ، العدد السابع من المجلة العربية للدفاع الاجتماعى التى تصدرها المنظمة العربية للدفاع الاجتماعى ، القاهرة ، ١٩٧٥ .

(٦٤) أنظر فى مثل هذا المعنى تقرير الدكتورة سلوى بكير إلى الحلقة الثانية لتنظيم العدالة الجنائية ، وقد سبقت الإشارة اليه .

(٦٥) الأحكام السلطانية ، للقاضى أبى يعلى الفراء الحنبلى ، ص ٢٧٧ . ومثله فى الأحكام السلطانية والولايات الدينية لأبى الحسن الماوردى مع زيادة تفصيل فى الاستدلال .

يكاد أن يكون موضع إجماع الباحثين المعاصرين .

ولكن بعض الباحثين يذهب إلى عكس ذلك تماما ، فيرى أن الأخذ بمبدأ الشرعية فى المجال الجنائى : «يؤدى إلى الافتيات على نصوص الشارع سبحانه وتعالى، بنصوص وضعية تفوق نصوصه الشرعية » وأن التعزير « يقوم مقام العقاب بلا نص » ومن ثم فلا مجال فى نظام التعزير للأخذ بمبدأ الشرعية(٦٦) .

ويبدو أن صاحب هذا الرأى فهم أن المراد بتطبيق مبدأ الشرعية هو إهدار التجريم والعقاب المقررة فى النظام الجنائى الإسلامى لتحل محلها بصورة دائمة نصوص قوانين العقوبات المعمول بها الآن فى معظم البلاد الإسلامية . ويتضح ذلك من مقارنته بين عقوبة الزنا فى القانون الجنائى الإسلامى ، وعقوبة الزنا فى القانون الجنائى فى دول المعسكرين : الرأسمالى والشيوعى(٦٧) .

وعلى أساس هذا الفهم ــ وهو غير صحيح ــ دعا الكاتب إلى إهدار مبدأ الشرعية فى النظام الجنائى المستند من التشريع والفقه الإسلامى خشية « الافتيات على نصوص الشارع » . والواقع أن دراسة النصوص الجنائية فى التشريع الإسلامى ، ودراسة القواعد الأصولية فيه ، تدعو إلى القول باعتراف التشريع الإسلامى ــ فى إطار نظامه الجنائى ــ بمبدأ الشرعية على النحو الذى أسلفناه .

والواقع ــ أيضا ــ أن مبدأ الشرعية فى المجال الجنائى هو إحدى النتائج المترتبة على المبدأ الدستورى القاضى بخضوع الدولة للقانون ، والذى يمنع السلطات فيها من التحكم فى ممارسة اختصاصاتها سواء كانت تشريعية أو قضائية أو تنفيذية ، ولاشك ــ عندنا ــ فى تقرير مبدأ خضوع الدولة الإسلامية للقانون المتمثل فيها أساساً فى نصوص القرآن الكريم والسنة النبوية(٦٨) ، ومن ثم فإن هذه الدولة ، أو السلطة

(٦٦) الدكتور مصطفى كمال وصفى ، الشرعية بين الشريعة الإسلامية والقانون الجنائى ، تقرير مقدم إلى الحلقة الثانية لتنظيم العدالة الجنائية ، القاهرة ١٩٧٦، ص ٧ و ٨ .

(٦٧) أنظر ص ٣ و ٤ من تقريره المشار اليه سابقاً .

(٦٨) فى تفصيل ذلك أنظر كتابنا « فى النظام السياسى للدولة الإسلامية » الطبعة الثانية ، القاهرة ، ١٩٧٧ . وقد أشارت إلى ذلك أيضا الدكتورة سلوى بكير فى تقريرها السالف الذكر ، ص ٣ . والربط بين مبدأ الشرعية وخضوع الدولة للقانون من المسلم به أيضا فى الفقه الغربى . راجع فى ذلك :

Sir Ivor Jennings, The Law and The Constitution, op. cit. p. 51, A. V. Dicey, An Introduction .... op. cit., p. 207 et sed.

المختصة فيها تخضع فى المجال الجنائى لمبدأ الشرعية الذى يمنعها من ممارسة حقها فى العقاب أو سلطتها فى التجريم إلا بناء على نصوص القانون ، أو فى الحدود التى تجيزها هذه النصوص .

وكما ينطبق مبدأ الشرعية فى الدولة الإسلامية فى نطاق جرائم الحدود وجرائم القصاص المنصوص عليها تفصيلا فى القرآن والسنة ، فإنه ينطبق — أيضا — فى مجال جرائم التعزير التى لا يملك القاضى فيها أن يخلق جرائم جديدة غير منصوص عليها ، أو يعاقب بعقوبات غير مقرره شرعا[٦٩] ، ومن ثم فإن القول بأن التعزير « يقوم مقام العقاب بلا نص »[٧٠] قول غير دقيق ، بل غير صحيح . وقد سبق الفقهاء إلى انتقاد هذا الفهم لسلطة القاضى فى تقرير العقاب ، فهى — عندهم — مقيدة بنصوص الشريعة المقررة للعقوبات ، واجتهاده فى اختيار العقوبة الملائمة من بين هذه العقوبات مقيد « بما هو أصلح للمسلمين . فإن فعل غير ذلك كان تصرفه فسوقا ومخالفا للاجماع »[٧١] .

وكما جانب الصواب الرأى القائل بعدم أخذ الشريعة الإسلامية فى جانبها الجنائى بمبدأ الشرعية ، جانبه الرأى القائل بأن بعض الأفعال فى الفقه الإسلامى لا يمكن معرفة كونها جريمة أم لا إلا بعد وقوعها[٧٢] : ويشير صاحب هذا الرأى — بذلك — إلى جرائم التعزير التى يتقرر العقاب عليها حماية للمصلحة العامة . وبالإضافة إلى ما سبق أن بيناه من أن مثل هذه الجرائم لا يعاقب عليها إلا بعد إعلان تجريمها ، فإن التسليم بهذا الرأى يهدم مبدأ الشرعية من أساسه ، ويجعل من النصوص والقواعد الأصولية التى تقدم ذكرها مجرد كلمات خاوية من كل معنى عملى . وذلك مايدعونا إلى رفض هذا الرأى — كما رفضنا سابقه — وإلى الإصرار

---

(٦٩) أنظر فى تفصيل ذلك بحثنا عن التعزير فى الفقه الجنائى الاسلامى ، وقد سبقت الإشارة اليه .

(٧٠) مصطفى كمال وصفى ، التقرير السابق ذكره ، ص ٨ .

(٧١) الإمام القرافى ، كتاب الفروق ، ج ٣ ص ١٦ — ٢٠ ، ج ٤ ص ١٨٢ من طبعة القاهرة ١٩٣٩ . وقد سبق لنا أن عالجنا هذه المسألة بتفصيل واف فى بحثنا عن التعزير تحت عنوان سلطة القاضى فى التعزير .

(٧٢) المرحوم الأستاذ عبد القادر عودة ، التشريع الجنائى الإسلامى ، ج ١ ص ١٦١ .

على رأينا فى إقرار النظام الجنائى الإسلامى لمبدأ الشرعية[٧٣] .

٤ — ٢ — هل تأخذ الشريعة الإسلامية بنتائج مبدأ الشرعية :

لمبدأ الشرعية عدد من النتائج الهامة فى مجال القانون الجنائى لايتم إعمال المبدأ فى نظام قانونى ما إلا بإقرارها . وبعبارة أخرى فإن النظام القانونى ، أى نظام قانونى ، حين يأخذ بمبدأ الشرعية لا يكون منطقيا إلا حين يأخذ كذلك بنتائج هذا المبدأ . ويكون معيبا بعيب التناقض ذلك النظام الذى يقرر مبدأ الشرعية ويهدر نتائجه .

وأهم النتائج التى يذكرها الفقه لمبدأ الشرعية هى :

١ — عدم رجعية القانون الجنائى إلى الماضى .

٢ — حظر القياس كسبيل للتجريم (أو التزام التفسير الضيق للنصوص الجنائية) .

٣ — حظر اعتبار العرف مصدراً للقاعدة الجنائية .

٤ — عدم اعتبار اللوائح الإدارية مصدراً للتجريم والعقاب إلا إذا كان هناك تفويض بذلك مقرر فى نص القانون[٧٤] .

وليس من شك فى أن قاعدة عدم رجعية القانون الجنائى إلى الماضى هى أهم نتائج مبدأ الشرعية ، وألصقها بطبيعة المبدأ ذاته . ذلك أن سريان نص التجريم على سلوك وقع قبل أن يوجد هذا النص معناه اعتبار هذا السلوك جريمة على

---

(٧٣) مما يجدر ذكره أن المرحوم الأستاذ عبد القادر عودة كان أول القائلين فى هذا العصر — فيما نعلم — بأخذ النظام الجنائى الإسلامى بمبدأ الشرعية . ولكنه وقع بشأنه فى التناقض مرتين : إحداهما التى أشرنا اليها هنا . والثانية تتعلق بسريان النصوص الجنائية على الماضى ، وسوف نعرض لها فيما يلى .

(٧٤) أنظر فى الفقه العربى : الاستاذ الدكتور رمسيس بهنام ، المرجع السابق ذكره ، ص ١٩٢ — ١٩٤ . وفى الفقه الغربى :
Alf Ross, On Guilt, op. cit., p. 57.

الرغم من أنه وقت إتيانه لم يكن ـ وفق القانون ـ ليوصف بهذا الوصف . وفى ذلك إهدار لمبدأ الشرعية يتنافى تماما مع تقرير الأخذ به[٧٥] .

ونقتصر فى معالجتنا لوضع نتائج مبدأ الشرعية فى النظام الجنائى الإسلامى على النتيجة الأولى فقط من نتائج هذا المبدأ . وذلك ـ أولا ـ لأنها هى التى يثور حول الأخذ بها بعض الشك ، وأثير حولها بالفعل بعض الجدال . ولأن معالجة النتائج الأخرى ـ ثانيا ـ ألصق بدراسة مصادر القاعدة الجنائية وطرق تفسيرها منها بدراسة مبدأ الشرعية .

٤ — ٢ ـ ١ ـ ذهب بعض الباحثين المعاصرين إلى أن الأخذ بقاعدة عدم رجعية التشريع الجنائى إلى الماضى فى الشريعة الإسلامية يرد عليه استثناء مفاده أن يطبق النص الجنائى بأثر رجعى فى حالة الجرائم الخطيرة التى تمس الأمن العام أو النظام العام . وقد استدل صاحب هذا الرأى لرأيه بأن عقوبات القذف والحرابة ، وأحكام الظهار قد طبقت بأثر رجعى ، أى طبقت على أفعال ارتكبت قبل أن ينزل الوحى على رسول الله صلى الله عليه وسلم مقرراً هذه العقوبات[٧٦] ، وفى مجال مناقشة هذا الرأى أورد بعض المعاصرين أيضا حكما رابعاً هو حكم اللعان[٧٧] .

ونناقش فيما يلى هذه الأحكام الأربعة لنرى مدى صحة القول بوجود استثناء على قاعدة عدم الرجعية فى التشريع الجنائى الإسلامى .

٤ — ٢ — ٢ — جريمة القذف :

تقررت العقوبة على جريمة القذف بقوله تعالى فى سورة النور : (والذين يرمون

---

(٧٥) المرجعين السابقين ، وانظر كذلك .
Sir Ivor Jennings, ob. cit., p. 52.

(٧٦) الأستاذ عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، ص ٢٦٦ ــ ٢٧٠ .

(٧٧) المرحوم الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ، الجريمة والعقوبة ، جـ ١ ص ٣٢٤ . وإن كان الشيخ محمد أبو زهرة ينفى رجعية النصوص الجنائية إلى الماضى . أنظر ص ٣٢٦ ـ ٣٢٨ من كتابه .

المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون . إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم) النور ٤ — ٥ .

وقد أنزل الله سبحانه وتعالى فى سورة النور نفسها براءة السيدة عائشة رضى الله عنها مما رماها به البعض من الإفك (الآيات ١١ — ٢٠) فأقام رسول الله صلى الله عليه وسلم الحد على الذين قذفوا أم المؤمنين تطبيقاً للنص القاضى بجلد القاذف(٧٨) .

وقد ذهب البعض إلى أن النص المقرر لعقوبة القذف قد نزل فى شأن قذفة السيدة عائشة رضى الله عنها . وبذلك يكون الرسول صلى الله عليه وسلم قد طبقه على حادثة وقعت قبل نزوله . ومن ثم يكون للنص أثر رجعى(٧٩) .

ويبدو أن مصدر هذا القول وهم سيق إلى قائله من تتابع الآيات فى سورة النور مبينة حد الزنا ، فحد القذف ، فأحكام اللعان ثم قصة حديث الإفك وبراءة السيدة عائشة رضى الله عنها ، فظن صاحب هذا القول أن آيات القذف إنما نزلت مع آيات براءة السيدة عائشة فى سياق واحد . وأنها لذلك قد طبقت على فعل وقع قبل نزولها .

وليس من شك — عندنا — فى أن هذا الظن غير صحيح . ذلك أن مراجع التفسير متفقة على أن مانزل فى شأن السيدة عائشة هو العشر الآيات التى تبدأ بقوله تعالى : (إن الذين جاءوا بالإفك عصبة منكم ، لا تحسبوه شراً لكم بل هو خير لكم) إلى قوله تعالى : (ولولا فضل الله عليكم ورحمته وأن الله رؤوف رحيم) الآيات من ١١ — ٢٠(٨٠) .

---

(٧٨) ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، ج ٦ ص ٢٣ .

(٧٩) نقل ذلك ورجحه دون أن يعزوه إلى قائل معين ، أو يبين مصدره ، الأستاذ عبد القادر عودة ص ٢٦٦ .

(٨٠) انظر مثلا : ابن كثير ، المرجع السابق ذكره ، ص ١٧ — ٣٠ ، والجصاص ، أحكام القرآن ، ج ٣ ص ٣٠٦ — ٣٠٨ ، وابن الجوزى ، زاد المسير ، ج ٦ ص ١٧ — ٢٣ .

وذلك أيضاً هو ما أوردته كتب السنة الصحيحة[٨١] . وبذلك تكون آيات حد القذف منفصلة فى النزول عن آيات براءة السيدة عائشة رضى الله عنها . وإذا تبين هذا ، وأعملنا القواعد العامة التى ورد النص عليها فى القرآن والسنة والتى تفيد أنه لا عقوبة إلا بعد سبق الانذار والبيان ، فإنه يكون من العسير أن نسلم بأنه كان ثمة أثر رجعى لعقوبة القذف عند تطبيقها لأول مرة . ونستطيع لذلك أن نقول إن الرسول صلى الله عليه وسلم إذا عاقب قذفة السيدة عائشة إنما عاقبهم على فعل وقع منهم بعد أن جرمه القرآن وحدد عقوبته[٨٢] .

٤ — ٢ — ٣ — حكم اللعان :

اللعان هو أيمان تجرى بين الزوجين بعد أن يرمى الزوج زوجته بالزنا دون أن يكون هناك شهود غيره . والقصد منها أن يدرأ الزوج عن نفسه حد القذف — إذ رمى زوجته بالزنا وليس عليه من شهود — وأن تدرأ الزوجة عن نفسها تهمة الزنا التى رميت بها[٨٣] .

وقد نزلت آيات اللعان من سورة النور إذ اتهم أحد الصحابة زوجته بالزنا فطالبه الرسول صلى الله عليه وسلم بالبينة — وهى أربعة شهود — أو يقيم عليه حد القذف . وروى ابن كثير بسنده أن هلال بن أمية جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال[٨٤] « يارسول الله إنى جئت أهلى عشاء ، فوجدت عندها رجلا ، فرأيت بعينى وسمعت

---

(٨١) انظر نيل الأوطار للشوكانى ، ج ٦ ص ٣١٩ وما بعدها ، سير النبلاء للذهبى ، ترجمة السيدة عائشة بتحقيق الأستاذ سعيد الأفغانى ، ص ٤٧ . وقد ذكر الشوكانى الخلاف فى ختام الآيات الخاصة بحادثة الإفك : أما بداية هذه الآيات فالاتفاق منعقد على أنها بقوله تعالى « إن الذين جاءوا بالإفك عصبة منكم . . . » :

(٨٢) على الرغم من أهمية النقاش حول حد القذف ، وخطورة الادعاء بأثر رجعى له ، فإننا نلاحظ أن المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة لم يعرض له فى كتابه كما ناقش مسألتى الظهار والحرابة اللتين استدل بهما الأستاذ عبد القادر عودة على رأيه فى رجعية النصوص الجنائية .

(٨٣) فى تفصيل أحكام اللعان انظر : أستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلبى ، أحكام الأسرة ، ص ٥٩٧ — ٦٠٥ .

(٨٤) ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، المرجع السابق ، ص ١٣ — ١٤ .

بأذنى فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ماجاء به ، واشتد عليه ، واجتمعت الأنصار فقالوا .... الآن يضرب رسول الله هلال بن أمية ويبطل شهادته فى الناس. فقال هلال : والله إنى لأرجو أن يجعل الله لى منها مخرجا .... فوالله إن رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد أن يأمر بضربه ، إذ أنزل الله على رسوله الوحى .... فنزلت : (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم . . . .) الآية. وفى بعض الروايات أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لهلال بن أمية « البينة أو حد فى ظهرك »(٨٥) .

ويكاد الفقهاء والمفسرون أن يكونوا مجمعين على أن حكم اللعان إنما نزل تخفيفاً عن الأزواج الذين يرمون زوجاتهم بالزنا . إذ الحكم الأصلى أن يجلد الزوج ثمانين جلدة شأنه شأن أى قاذف . ثم خفف ذلك فى حق الزوج بشرع أيمان اللعان(٨٦) .

وإذا كان ذلك ، فإن تطبيق حكم اللعان على واقعة حدثت قبل نزول الآيات المقررة له ، يكون من باب تطبيق الحكم الأخف ولو كان تشريعه لاحقا للواقعة التى يطبق فى شأنها . وذلك هو ما يعرف فى الفقه الجنائى الحديث برجعية القانون الأصلح للمتهم .وهذه القاعدة استثناء ـ مقرر فى الكثير من النظم الجنائية الحديثة ـ من قاعدة عدم الرجعية فى التشريع الجنائى(٨٧) . ومن ثم فإنه لا يمكن الاستناد إلى تطبيق حكم اللعان على واقعة حدثت قبل تشريعه ، للقول بأن ثمة استثناء عرفته الشريعة الإسلامية يجيز تطبيق النص المجرم أو المقرر للعقوبة بأثر رجعى(٨٨) .

---

(٨٥) زاد المسير ، المرجع السابق ، ص ١٣ ، نيل الأوطار ، المرجع السابق ، ص ٣٠٥ و ٣٠٧ . وفيه ترجيح أن آية اللعان نزلت فى هلال بن أمية لا فى عويمر العجلانى. وهو ما توهمه بعض الروايات .

(٨٦) المراجع المشار إليها فيما سبق ، وأحكام القرآن ، ج ٣ ص ٢٨٦ .

(٨٧) انظر فى هذا الاستثناء والخلاف الفقهى فيه ، الأستاذ الدكتور محمود مصطفى ، أصول قانون العقوبات فى الدول العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص ٢٤ ـ ٢٨ .

(٨٨) قال بمثل هذا الرأى استنتاجا المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة ، المصدر السابق ذكره ، ص ٣٢٧ . وقد أيد ذلك أيضا الدكتور عبد الأحد جمال الدين فى تقريره المشار إليه سابقا .

وإنما يصح الاستدلال بتطبيقه على هذه الواقعة ، على جواز رجعية القانون الأصلح، سواء كان مخففا للعقوبة أو علنيا لوصف التجريم .

٤ — ٢ - ٤ - حكم الظهار :

الظهار أن يقول الرجل لزوجته : أنت على كظهر أمي . وقد كانت العرب في الجاهلية تجعل المرأة التي يظاهر منها زوجها محرمة عليه إلى الأبد فلا تعود إليه أبداً . ومحرمة على غيره من الأزواج كذلك فلا يجوز لأحد غيره أن يتزوجها . فتبقى المرأة المظاهر منها معلقة لا هي لزوجها ، ولا يحل لها أن تتزوج سواه[٨٩] .

وقد أبطل الله سبحانه وتعالى هذا الحكم الذي درجت عليه العرب في الجاهلية ، وجعل حكم الظهار أن يمتنع الرجل عن قربان امرأته حتى يكفر عن ظهارة بواحدة من ثلاث خصال : تحرير رقبة ، أو صيام شهرين متتابعين ، أو إطعام ستين مسكيناً. فإن لم يفعل ذلك ، وشكت الزوجة أمرها إلى القاضي ألزمه الكفارة ، أو طلق امرأته عليه[٩٠] .

وورد النص على هذا الحكم في قوله تعالى : (الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائى ولدنهم وإنهم ليقولون منكراً من القول وزورا وإن الله لعفو غفور . والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير . فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا ، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب أليم) المجادلة ٢ — ٤ .

وقد نزلت هذه الآيات في شأن أوس بن الصامت الذى ظاهر من زوجته فجاءت تشكوه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم . فأنزل الله تلك الآيات[٩١] .

---

(٨٩) أحكام الأسرة ، لأستاذنا الشيخ محمد مصطفى شلبي ، ص ٦٢٠ — ٦٢٢ .
(٩٠) المرجع السابق ، ص ٦٢٣ .
(٩١) ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، جـ ٨ ص ٦٠ — ٦٣ .

وظاهر من ذلك أن الحكم الذى شرعه القرآن الكريم فى الظهار أخف من حكم الجاهلية فيه . وأن الرسول صلى الله عليه وسلم إذ طبق هذا الحكم القرآنى إنما خفف به على المظاهر وزوجته . فيكون الشأن فى الظهار هو الشأن فى حكم اللعان ، ولا يمكن — من ثم — أن يستدل بالظهار وما نزل فيه من قرآن على رجعية التشريع إلى الماضى باطلاق . وإنما يصح الاستدلال به على تطبيق الحكم الأخف باعتباره ملغيا أو ناسخا للحكم الأشد(٩٢) .

على أنه يبدو أن الاستدلال بحكم الظهار على رجعية التشريع الجنائى إلى الماضى مما لا يمكن التسليم به . ذلك أن الظهار من مسائل الأحوال الشخصية أو أحكام الأسرة ، ولا علاقة بينها وبين الأحكام الجنائية حتى يستدل بها عليها . وإنما يصح الاستدلال فى هذا الشأن بالنصوص الجنائية فى الشريعة الإسلامية ، أو بالنصوص التى تقرر قواعد عامة . ومن ثم فحكم الظهار أيا ما كان الشأن فى كيفية تطبيقه خارج — فى الحقيقة — عن نطاق البحث فى قواعد التشريع الجنائى الإسلامى(٩٣) .

٤ — ٢ — ٥ — عقوبة الحرابة :

الحرابة ، أو قطع الطريق ، جريمة من جرائم الحدود فى الشريعة الإسلامية . وقد بين القرآن الكريم حكمها فى قوله تعالى : (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب

(٩٢) استدل بقصة الظهار المرحوم الأستاذ عبد القادر عودة على جواز الرجعية . وفى مثل رأينا انظر الشيخ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص ٣٢٧ .

(٩٣) سمى الشيخ محمد أبو زهرة حكم القرآن فى الظهار « عقوبة » وجعل تطبيقه من باب تطبيق العقوبة الأخف بدلا من العقوبة الأشد ، كما سماه مرة أخرى « كفارة » (ص ٢٢٧) . والحقيقة أن حكم الظهار هو الكفارة فى صورة من صورها الثلاث المذكورة فى الآية القرآنية . والكفارة مباينة للعقوبة فى طبيعتها وخصائصها وأهمها أنها لا تستقضى بواسطة السلطة العامة فى الدولة ولا يلزم بها الشخص قضاء وإنما يلتزم بها ديانة . ومن ثم فلا يجوز تسمية الكفارة باسم العقوبة .

عظيم . إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم) المائدة ٣٣ – ٣٤ .

وقد ذهب القائلون بأن هذه الآية طبقت بأثر رجعي إلى أنها نزلت في قوم من عكل وعرينة قدموا إلى المدينة فمرضوا ، ولم يطب لهم المقام بها ، فأرسلهم رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى حيث كانت ترعى إبل الصدقة . . . فلما صحوا قتلوا راعى الإبل وساقوها . فلما بلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم غضب لذلك وأرسل فى أثرهم فلما جيء بهم نزلت الآيتان المتقدمتان فعاقبهم رسول الله صلى الله عليه وسلم(٩٤) .

والصحيح فى حكم هذه الآية أنها وإن نزلت فى هؤلاء القوم من عكل وعرينة إلا أنها نزلت بعد عقابهم ؛ وأنها إنما نزلت تبين عقاب مرتكبي جريمة الحرابة . وتنهى عن المثلة التى ورد فى روايات الحديث أنها ارتكبت فى حق هؤلاء بسمل أعينهم ومنعهم الماء(٩٥) .

وقد ورد التصريح بذلك فى صحيح البخارى ومسند أحمد وسنن أبى داود عن ابن سيرين « إن ذلك كان قبل أن تنزل الحدود »(٩٦) . وفى صحيح مسلم وسنن النسائى وجامع الترمذى أن الرسول صلى الله عليه وسلم « إنما سمل أعينهم لأنهم سملوا أعين الرعاة »(٩٧) .

فآيتا الحرابة فى سورة المائدة لم تطبقا على القوم الذين قتلوا راعى إبل الصدقة أصلا . وإنما عوقب هؤلاء بمقتضى النصوص العامة التى توجب المعاقبة بمثل الاعتداء

---

(٩٤) عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، ص ٢٦٧ – ٢٦٨ .

(٩٥) انظر تفسير القرطبي ، ج ٣ ص ٢١٤٤ – ٢١٤٧ ، زاد المسير ، ج ٢ ص ٣٤٣ – ٣٤٤ .

(٩٦) نيل الأوطار ، ج ٧ ص ١٧٢ .

(٩٧) المرجع السابق ، ص ١٧٢ وزاد المسير المرجع السابق . وانظر تفسير القرطبى ، ج ٣ ص ٢١٤٧ حيث يقول إن رسول الله عاقبهم بقوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » فمثلوا فمثل بهم .

من مثل قوله تعالى : (وجزاء سيئة سيئة مثلها) الشورى ـ ٤٠ ، وقوله تعالى (وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به) النحل ـ ١٢٦ . [٩٨] .

ومن هنا يتبين أيضا أنه لم يكن ثمة أثر رجعى لتطبيق آيتى الحرابة . وتبقى القاعدة المقررة فى التشريع الجنائى الإسلامى أنه لا جريمة ولا عقوبة بغير نص ، وأنه لا يجوز أن يكون للنصوص الجنائية أثر رجعى اللهم إلا إذا كان ذلك يحقق مصلحة لمن تطبق عليه مثل هذه النصوص ، كما هو الحال فى حكم الملاعنة ، والذى نسخ به حكم القذف (الجلد) فى حق الزوج إذا رمى زوجته بالزنا .

٤ ـ ٢ ـ ٦ ـ وكما يبدو ذلك واضحا فى عقوبات الحدود المقررة فى القرآن والسنة ، وفى قواعد الشريعة العامة ، فإنه كان واضحا عند الفقهاء الذين قرروا فى التعزير أنه لا يجوز فيه تطبيق العقوبات على أفعال وقعت قبل إعلانها وبلوغها إلى علم المخاطبين بالنصوص المقررة لها . وفى ذلك يقرر القاضى أبو يعلى الحنبلى فى كتابه الأحكام السلطانية أنه عند تقرير الحاكم عقوبات تعزيرية يجب « أن يقدم الإنكار . ولا يعجل بالتأديب قبل الإنذار » [٩٩] . وواضح من ذلك أن العقوبات التعزيرية

---

(٩٨) ويلاحظ أن الأستاذ الشيخ أبو زهرة قد حاول (فى المرجع السابق ص ٢٢٧) أن ينقد خبر العرنيين من جهة متنه والواقع أن هذا النقد غير مسلم . ويغنى عنه الخبر الصحيح أن ذلك كان قبل شرع الحدود ، وعلى سبيل القصاص منهم بعقابهم بمثل مااعتدوا به . أما ما ذكره ـ رحمه الله ـ من أن « القريب إلى المعقول أن يكون (الرسول) قد استنكر الواقعة ولكن بلغتنا الواقعة ، ولم يبلغنا الاستنكار » فانه فى الواقع قول بلا دليل . وهو فتح لباب خطير يمكن أن تهدم منه السنة كلها بادعاء عدم وصول ما يفيد استنكار الرسول صلى الله عليه وسلم إلينا . وهو أيضا ـ على خلاف ما قال ـ أبعد من المعقول وليس أقرب إليه . إذ أن نقل الإقرار النبوى لا يفيد أكثر من إباحة الفعل ، بينما نقل الاستنكار يفيد التحريم والنهى ، والقول بعدم نقله يعنى ضياع بعض الأحكام الشرعية الثابتة بالسنة ، وهذا مع خطورته ، مخالف للمتفق عليه بين علماء الحديث المحققين .

(٩٩) ص ٢٧٧ . ومثله فى الماوردى ، الأحكام السلطانية .

التي يفرضها أولو الأمر فى الدولة المسلمة لا يكون لها أثر رجعى تطبق به على ما سبقها من حوادث .

وبذلك تستقيم لنا قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية إلى الماضى ، فى الفقه الإسلامى ، ويتأكد سبق الشريعة فى شأنها ، كما سبقت فى الأصل الذى ترتبت عليه وهو مبدأ الشرعية ، للنظم الجنائية الحديثة والمعاصرة .

٥ — مبدأ الشرعية فى النظم القانونية الأوربية

كان لكتاب المفكر الإيطالى المركيز سيزارى بكاريا Cesare Beccaria « فى الجرائم والعقوبات » أعظم الأثر فى ذيوع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، وفى تبنى التشريعات الجنائية فى القارة الأوربية لهذا المبدأ .

وقد صدر كتاب « فى الجرائم والعقوبات » فى عام ١٧٦٤م باللغة الإيطالية ثم ترجم إلى العديد من اللغات الأوربية وأحدث خارج إيطاليا أثراً قلما يحدثه مؤلف فى حجمه وموضوعه . وقد فصل Beccaria فى هذا الكتاب مذهبه فى « التناسب بين الجريمة والعقوبة » ذلك المذهب الذى أصبح فيما بعد أحد خطين رئيسيين بميزان المدرسة التقليدية الأولى فى الفقه الجنائى الحديث(١٠٠) .

ومن المبادىء الجوهرية التى نادى بها Beccaria فى كتابه السالف ذكره « أن الجرائم والعقوبات يتعين تحديدها بمجموعة نصوص قانونية واضحة تقطع دابر التحكم من جانب القاضى . فهو كإنسان معرض للانسياق وراء غرائزه أو التأثر بها . كما أنه يلزم لإيقاف الناس على حدود مسئوليتهم نشر نصوص القانون بينهم على نحو لا يدع مجالا للجهل أو للشك فى التعرف على هذه الحدود (١٠١) » .

وهذا المبدأ هو ذاته مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، فى صياغة تتضمن شيئاً من التفصيل والتأصيل .

---

(١٠٠) يعتبر بكاريا أحد أقطاب المدرسة التقليدية الأولى فى القانون الجنائى ، وانظر فى تلخيص مذهبه فى التناسب بين الجريمة والعقوبة : الأستاذ الدكتور عبد الفتاح الصيفى ، القاعدة الجنائية ، ص ١٩١ — ١٩٣ ، الأستاذ الدكتور رمسيس بهنام ، النظرية العامة للقانون الجنائى ، ص ١٧ — ١٩ ، الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، ص ١٧ — ١٨ . والمراجع المشار إليها فى هذه المؤلفات .

(١٠١) نقلا عن مؤلف الدكتور رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ١٧ .

أما الصياغة الموجزة لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات والتى تمثلت فى العبارة اللاتينية الشهيرة nullum crimen, nulla poena sine lege فيرجع الفضل فى وضعها إلى الفقيه الألمانى Von Feuerbach الذى يعتبر واحدا من أهم دعاة المدرسة التقليدية الأولى فى أوربا[١٠٢] .

ولم يمض وقت طويل على نشر أفكار الفيلسوف بيكاريا[١٠٣] وما تضمنته عن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات حتى ظهر أثرها واضحا فى التشريعات الجنائية الأوربية وبالذات فى القانون الفرنسى والقانون الإيطالى ، وذلك ما نبينه فى الفقرتين التاليتين .

٥ — ١ — فى القانون الفرنسى :

قامت الثورة الفرنسية فى يوليو ١٧٨٩ . وقد تأثر مفكرو هذه الثورة تأثرا كبيرا بالأفكار الفلسفية التى سادت فى أوربا قبل قيامها وعلى الأخص أفكار Montisquieu فى شأن مبدأ فصل السلطات وما يترتب عليه من ضرورة قصر حق سن القوانين على السلطة التشريعية . وتأثر هؤلاء المفكرون كذلك بأفكار بيكاريا فى إصلاح القانون الجنائى . ولذلك تضمنت أولى وثائق هذه الثورة ، وهى

---

(١٠٢) انظر فى ذلك : الدكتور عبدالفتاح الصيفى ، المرجع السابق ، ص٢٩٥ ، ومؤلف الأستاذ الدكتور رمسيس بهنام السابق ذكره ، ص ١٨٩ .

(١٠٣) يعترض الأستاذ الدكتور عبد الفتاح الصيفى على الاعتقاد الشائع بأن أفكار بيكاريا كانت هى الأساس فى ذيوع مبدأ الشرعية (ص ١٩٠ من مؤلفه السابق ذكره) باعتبار أن هذا المبدأ تقرر فى انجلترا فى وثيقة العهد الأعظم سنة ١٢١٥ م . وفيما سبق أن بيناه عن العهد الأعظم وعلاقته بمبدأ الشرعية ما يؤكد صحة القول بأن الفضل فى ذيوع ذلك المبدأ يرجع إلى هذا الفيلسوف الايطالى وليس إلى تلك الوثيقة الانجليزية .

إعلان حقوق الإنسان والمواطن[١٠٤]،فى مادتها الثامنة النص على مبدأين يعتبران إقرارا صريحا لما نادى به بيكاريا أولهما هو النص على أنه « ليس للقانون أن يقرر العقوبات إلا فى نطاق ضيق وجه الضرورة فيه واضح»[١٠٥] والمبدأ الثانى هو مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات والذى صاغته هذه الوثيقة بقولها (لا يجوز عقاب أحد إلا بمقتضى قانون وضع وأصدر قبل الجريمة وطبق على وجه قانونى)[١٠٦] .

وعندما صدر أول دستور فرنسى بعد الثورة الفرنسية والقضاء على الملكية فى فرنسا وهو دستور ١٧٩٣ نصت المادة ١٤ منه على أنه لا تجوز محاكمة ومعاقبة أحد إلا بمقتضى قانون أصدر قبل الجريمة ، وأن القانون الذى يعاقب على جرائم أرتكبت قبل وجوده يعتبر استبدادا والأثر الرجعى الذى يعطى لهذا القانون يعتبر جناية .

وعندما صدر قانون نابليون فى سنة ١٨١٠ (وهو قانون العقوبات الحالى فى فرنسا) نصت مادته الرابعة على مبدأ شرعية الجرئم والعقوبات .

وبذلك أصبحت قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات أصلا من الأصول القانونية فى النظام القانونى الفرنسى . ولا يؤثر فى ذلك عدم النص عليها فى دستور ١٩٥٨ (الدستور الفرنسى الحالى) على ما سوف نبينه عند معالجة موقف التشريعات التى لم تأخذ بمبدأ الشرعية[١٠٧] .

---

(١٠٤) La Declaration de Droits de l'Homme et du Citoyen.

(١٠٥) فى اقامة بيكاريا لفكرة العقوبة على مبدأ الضرورة أنظر ، الدكتور عبد الفتاح الصيفى ، المرجع السابق ، ص ١٩١ .

(١٠٦) سبق قانون العقوبات النمساوى الصادر عام ١٧٨٧ إعلان حقوق الإنسان فى النص على مبدأ الشرعية .

(١٠٧) أنظر فى تفصيل ماتقدم كتابى الأستاذين الدكتورين رمسيس بهنام وعبد الفتاح الصيفى سالفى الذكر ، ص ٢٢ – ٢٣ و ٢٩٤ – ٢٩٥ على التوالى ومن المرجع الأول نقلنا ترجمة النصوص الفرنسية الواردة بالمتن .

٥ — ٢ — فى القانون الإيطالى :

إن تأثير أفكار الفيلسوف الإيطالى **Beccaria** وإن كان كبيراً خارج إيطاليا وعلى وجه الخصوص فى فرنسا ، إلا أنه لم يكن بحال من الأحوال ضئيلا فى إيطاليا. فبالإضافة إلى أثره الفكرى فيمن سار على الدرب الذى بدأ هو بالسير فيه ، دربه محاولة إصلاح القانون الجنائى ، من المفكرين ، بدأ أثره واضحا أيضا فى القوانين الإيطالية(١٠٨) .

وفيما يتعلق بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، وهو الذى يعنينا هنا ، فإننا نجد أن هذا المبدأ ظهر فى القانون الإيطالى حتى قبل تحقيق وحدة الدولة الإيطالية ، فقد تضمنته المادة ٢٦ من دستور سردينيا الصادر فى ٤ مارس ١٨٤٨ ، والذى أصبح دستوراً لإيطاليا كلها بعد توحيدها سنة ١٨٦١ . وكذلك أخذ بهذا المبدأ دستور إيطاليا الحالى الصادر فى ديسمبر ١٩٤٧ ، وذلك فى مادته الخامسة والعشرين .

وكذلك عنى قانون العقوبات الإيطالى القديم ، وقانون العقوبات الإيطالى الحالى بالنص على مبدأ الشرعية (م/١ من القانون الحالى)(١٠٩) .

٥ — ٣ — وعلى الرغم من أن الفقيه الألمانى **von Feuerbach** كان هو صاحب الفضل فى الصياغة اللاتينية لمبدأ الشرعية والتى اكتسبت قيمة عالمية باستعمال جميع الفقهاء لها من بعده ، إلا أن القانون الألمانى لم يلتزم دائماً بمبدأ الشرعية ولذلك فسوف ندرس موقف المشرع الألمانى من المبدأ عند معالجتنا للتشريعات التى لم تأخذ بمبدأ الشرعية .

---

(١٠٨) راجع الأستاذ الدكتور رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ٢٠ — ٢٣ .

(١٠٩) المرجع السابق ، والدكتور عبد الفتاح الصيفى ، القاعدة الجنائية ، ص ٢٩٦ .

أما فى الدول الأوربية الأخرى فإن العمل يجرى على احترام مبدأ الشرعية كأصل عام من أصول القانون الجنائى والدستورى فى الغالبية من هذه الدول حتى حيث لا يوجد نص صريح يقرر الالتزام بالمبدأ(١١٠) .

٦ — مبدأ الشرعية فى القانون المصرى والتقنينات العربية

يفرق الباحثون عادة بين فترتين متميزتين فى التاريخ القانونى للدول العربية . الأولى هى الفترة التى تبدأ بدخول هذه الدول تحت سلطان الدولة الإسلامية ، والتى ساد فيها تطبيق الشريعة الإسلامية بنظامها الجنائى المتميز . والثانية هى الفترة التى بدأت بصدور قانون الجزاء العثمانى سنة ١٨٥٨م وتلاه فى سنة ١٨٨٣م صدور قانون العقوبات الأهلى وقانون تحقيق الجنايات الأهلى فى مصر ، ثم تتابعت الدول العربية الأخرى فى إصدار مجموعات قوانين العقوبات وقوانين الاجراءات الجنائية(١١١) .

٦ — ١ — وليس من خلاف بين الباحثين فى تطبيق مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بالنسبة لجرائم الحدود وجرائم القصاص فى الشريعة الإسلامية(١١٢) . أما جرائم التعزير فيبدو أن الرأى الغالب يذهب إلى أن مبدأ الشرعية غير مطبق فى شأنها . وأنه لكى يطبق هذا المبدأ يتعين على السلطة المختصة فى الدولة أن تعمد إلى « إعلام المكلفين سلفا بما يعتبر جريمة وبالعقوبة المقررة لكل جريمة »(١١٣) .

---

(١١٠) أنظر : رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ١٩١ هامش ٢ . ويلاحظ أن المؤلف يجعل الدانيمرك من الدول التى تلتزم بمبدأ الشرعية بغير نص ، بينما الصحيح أن القانون الدانيمركى يجيز الالتجاء إلى القياس فى التجريم وهو ما ينافى مبدأ الشرعية كما قدمنا .

(١١١) محمود نجيب حسنى المصدر السابق ، ص ٣١ — ٣٣ فيما يتعلق بمصر ، والدكتور محمود مصطفى ، أصول قانون العقوبات فى الدول العربية ص ٧ — ١٧ : حيث تجد تفصيل التطور التشريعى لقوانين العقوبات فى الدول العربية .

(١١٢) أنظر الدكتور عبد الفتاح الصيفى ، المصدر السابق ، ص ٢٩٧ والمصادر التى أشار إليها فى هامش ١٥ .

(١١٣) المصدر السابق .

ومقتضى هذا الرأى أن الجرائم التعزيرية التى لا يصدر فى شأن تحديد عقوبتها قانون خاص بها من السلطة المختصة بذلك فى الدولة ، يكون العقاب عليها مخالفاً لمبدأ الشرعية .

والواقع أن ذلك غير صحيح . إذ أن مبدأ الشرعية قائم فى جرائم التعزير كما عرفها الفقه الجنائى الإسلامى ، قيامه فى جرائم الحدود والقصاص . فثمة نص فى مصادر الشريعة الإسلامية لكل جريمة من جرائم التعزير « وهو ذلك الأمر أو النهى الذى خالفه مرتكب الجريمة . غير أن العقاب تعزيراً يتراوح بين حدين أعلى وأدنى تقررهما القواعد المنظمة للعقوبات التعزيرية . ومن ثم فليس هناك خروج على قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات ، بل هناك تطبيق مرن لها يتيح توفير الحماية القانونية للمصالح الاجتماعية بحيث لا يقف جمود النصوص حائلا دون العقاب على الاخلال بهذه المصالح »(١١٤) .

ولذلك فإننا نستطيع أن نقرر أن مبدأ الشرعية ساد فى البلاد العربية ـ من الناحية النظرية على الأقل ـ طوال الفترة التى طبقت فيها أحكام الشريعة الإسلامية الجنائية ، ولا يزال سائدا كذلك فى البلاد التى تطبق الشريعة الإسلامية(١١٥) .

٦ — ٢ — المبدأ فى التقنينات المصرية :

كانت مصر هى أسبق البلاد العربية إلى إصدار مجموعة حديثة لقانون العقوبات. وذلك حيث صدر قانون العقوبات الأهلى ، وقانون تحقيق الجنايات الأهلى فى ١٣

---

(١١٤) نقلا من بحثنا عن التعزير فى الفقه الجنائى الإسلامى ، المجلة العربية للدفاع الاجتماعى ، العدد السابع ، ١٩٧٥ .

(١١٥) وهى المملكة العربية السعودية واليمن (الجمهورية العربية اليمنية) حيث لم يصدر فى أى منهما مجموعة خاصة Code لقانون العقوبات .

وإن كان ثمة قوانين (أنظمة) تعالج عددا من الجرائم التعزيرية فى المملكة العربية السعودية . وسنشير إلى ذلك فى حينه .

نوفمبر ١٨٨٣ ليطبقا أمام المحاكم الأهلية التى أنشئت فى مصر فى العام نفسه[١١٦] .

٦ — ٢ — ١ — فى القانون المصرى قبل سنة ١٨٨٣ :

ويذهب الفقه الجنائى المصرى إلى أن قانون العقوبات الأهلى الصادر سنة ١٨٨٣ كان أول تشريع فى مصر يعتنق مبدأ الشرعية[١١٧] .

غير أن بعض الدراسات الحديثة أظهرت أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات قد عرف فى بعض التقنينات التى طبقت فى مصر قبل صدور قانون العقوبات الأهلى بثلاثة قرون على الأقل . فقد صدر فى عهد السلطان العثمانى سليمان القانونى (الذى تولى الخلافة العثمانية سنة ١٥٢٠م وتوفى سنة ١٥٦٦م) قانونامة خاص بولاية مصر بدا فى نصوصه بوضوح تأثير مضمون مبدأ الشرعيه ، وإن لم ينص فيه على المبدأ ذاته . ففى نصوص هذا القانون ما يوجب أن يحتفظ بنسخة منه فى ديوان مصر ، وأن ترسل نسخة منه إلى كل قاض فى مصر ليقوم بإدراجها فى سجله القضائى ويعلنها إعلانا عاما فى دائرة اختصاصه[١١٨] .

---

(١١٦) سبق ذلك صدور قانونى العقوبات وتحقيق الجنايات للمحاكم المختلطة فى سنة ١٨٧٦ ولكن أثر هذين القانونين كان محصورا فى نطاق ضيق تبعا لضيق نطاق اختصاص المحاكم المختلطة . أنظر : محمود نجيب حسنى ، المصدر السابق ، ص ٣١ — ٣٢ .

(١١٧) المرجع السابق ، والدكتور عبد الفتاح الصيفى ، القاعدة الجنائية ، ص ٢٩٩ والمراجع المشار إليها فيه ، والاستاذ الدكتور محمود مصطفى ، أصول قانون العقوبات ، المصدر السابق ذكره ، ص ١٠ — ١١ .

(١١٨) أنظر فى تفصيل ذلك : Uriel Heyd, Studies in Old Ottoman Criminal Law, London, 1973, P. 150 - 152

وهذا الكتاب هو الأول — فيما نعلم — الذى يتعرض لدراسة القانون الجنائى فى الدولة العثمانية قبل صدور قانون الجزاء العثمانى (١٨٥٨) . ومن المؤسف أن يهتم هذا الكاتب الاسرائيلى ، وقد كان أستاذاً لتاريخ الشعوب الإسلامية فى الجامعة العبرية بالقدس المحتلة ، بالقانون الجنائى العثمانى القديم ويدرسه دراسة تحليلية فى كتابه الذى توفر على إعداده قريبا من عشر سنوات تحملت نفقات البحث والاقامة فى عدد منها الجامعة العبرية فى القدس ، وجامعة أكسفورد وبعض الهيئات العلمية الأخرى . ذلك — كله — فى الوقت الذى لم يعن فيه أستاذ واحد من أساتذة القانون المسلمين فى البلاد العربية التى عاشت زمنا طويلا فى ظل =

وتحدد نصوص هذا القانون كذلك عدداً من الجرائم وتقرر لها عقوبات من بينها الاعدام والسجن والضرب والغرامة . وتلزم القضاة والولاة أن ينفذوا إلى جانب أحكام الشريعة الإسلامية فى الحدود والقصاص ، أحكام قانونامة فى كل ماورد فيه نص بشأنه(١١٩) .

ويقرر الكاتب التركى جلال زاده أن أبواب العنف والظلم قد أغلقت وسدت فى عهد سليمان القانونى بفضل اتباع أحكام القانون(١٢٠) .

وقد أعلنت مقدمة قانونامة فى مصر مبدأ المساواة أيضا بين الجميع أمام القانون الجنائى (١٢١) . وقد جعلت نصوص هذا القانون كذلك الغرامة التى يعاقب بها الفلاحون لجرائم زراعية معينة قدراً موحداً فى جميع أقاليم الدولة(١٢٢) . ونستطيع باستقراء هذه النصوص من قانونامة أن نقرر أن أن مبدأ الشرعية قد عرف فى مصر فى القوانين التى صدرت فى ظل الحكم العثمانى . وأن قانون العقوبات الأهلى الصادر فى سنة ١٨٨٢ قد أكد بالنص الصريح على شرعية الجرائم والعقوبات ماكان مطبقا من قبل فى مصر .

٦ — ٢ — ٢ — فى القوانين المصرية بعد سنة ١٨٨٣ :

عدل قانون العقوبات المصرى الصادر سنة ١٨٨٣ تعديلا شاملا انتهى بإصدار قانون جديد مرتين أولاهما فى سنة ١٩٠٤ والثانية فى سنة ١٩٣٧ . وفى المرتين لم يخل

= الخلافة العثمانية ، ولم تعن مؤسسة علمية واحدة ، بدراسة تطور القانون الجنائى ، وغيره من القوانين فيها وأثره على البلاد التى حكمتها . وهذه صورة من صور إهمالنا لتاريخنا القريب والبعيد بما يهتم به ويقدمه لنا الآخرون .

(١١٩) المرجع السابق ، ص ١٥١ .

(١٢٠) من كتاب جلال زادة : طبقات الممالك ودرجات المسالك ، وهو مخطوط فى المكتبة السليمانية باسطنبول . ونقل عنه النص الوارد فى المتن Heyd فى المرجع السابق ، ص ١٧٧ .

(١٢١) المرجع السابق ، ص ١٧٩ . وانظر أيضا ص ١٧٧ . وبذلك فقد سبق قانونامة أيضا قانون العقوبات الأهلى فى تقرير مبدأ المساواة أمام القانون فى مصر .

(١٢٢) ص ٢٨٨ من المرجع السابق .

قانون العقوبات من النص على مبدأ الشرعية وقانون ١٩٣٧ هو قانون العقوبات الحالى في مصر (مع تعديلات أدخلت عليه) وهو ينص فى مادته الخامسة على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات حيث تقرر هذه المادة أن : «يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها»[١٢٣] .

وبذلك وجد مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات تعبيراً صريحاً عنه وإقراراً له فى قوانين العقوبات المتعاقبة فى مصر .

وقد سبق النص على مبدأ الشرعية فى القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ (قانون العقوبات الحالى فى مصر) النص عليه ق الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٢٣ حيث نص عليه فى المادة السادسة من هذا الدستور . ونص عليه كذلك فى دستور سنة ١٩٣٠ فى المادة السادسة منه . وكذلك نصت على المبدأ دساتير ١٩٥٦ (م / ٣٢) و١٩٦٤ (م/٢٥) .

أما الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية والصادر فى سنة ١٩٧١ ، فقد نص على مبدأ الشرعية فى الباب الرابع المعنون « سيادة القانون » فى م/٦٦ ، ونصها : « العقوبة شخصية ، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائى ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون » .

وهكذا وجد مبدأ الشرعية تعبيراً عنه فى التشريع المصرى مرتين أولاهما فى نص المادة الخامسة من قانون العقوبات ، والثانية فى نص المادة السادسة والستين من الدستور الدائم . والواقع أن المكان الطبيعى لمبدأ الشرعية هو نص الدستور ، إذ لا يستطيع المشرع إذا كان المبدأ مقرراً بنص دستورى أن يخالفه فى قانون العقوبات أو القوانين الملحقة به أو القوانين الخاصة ، وإيراد المبدأ فى الدستور

---

(١٢٣) فى تاريخ قانون العقوبات المصرى أنظر : محمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص ١٠ — ١١ . ومحمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، ص ٣١ — ٣٤ ، وعبد الفتاح الصيفى ، المرجع السابق ، ص ٢٩٨ — ٣٠١ . وبتفصيل أكبر ، أنظر : محمود إبراهيم إسماعيل ، شرح الأحكام العامة فى قانون العقوبات ، القاهرة ١٩٥٩ . ص ٣٢ — ٥١ .

يغنى عن ترديده مرة أخرى فى قانون العقوبات[١٢٤] . ولا يقدح فى هذا النظر أن القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ كان قائما بالفعل وقت وضع الدستور الدائم الصادر سنة ١٩٧١ ، ذلك أن مبدأ الشرعية كان مقرر أيضاً ـ كما قدمنا ـ فى المادة ٦ من دستور ١٩٢٣ الذى كان معمولا به وقت وضع ذلك القانون . ومن ثم فقد كان يحسن بواضعيه الاكتفاء بالنص الدستورى ، والاستغناء به عن ترديد النص على المبدأ فى قانون العقوبات .

٦ — ٣ — مبدأ الشرعية فى التشريعات العربية :

إن مبدأ الشرعية يعتبر من المبادىء الدستورية فى الدول العربية . فكما وجد المبدأ تعبيراً عنه فى مختلف الدساتير المصرية ، نص عليه كذلك فى دساتير عدد من الدول العربية الأخرى . وحيث لا يوجد نص صريح على هذا المبدأ فى بعض الدساتير العربية ، فإننا نجده مستفاداً ضمنا من بعض النصوص[١٢٥] .

ففى العراق تنص المادة ٢٠من دستورها الصادر سنة ١٩٦٤على أنه « لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذى ينص عليها » ، وهذا هو نفس النص الذى أورده الدستور الكويتى الصادر فى ١١ نوفمبر ١٩٦٢ فى المادة الثانية والثلاثين ، والدستور الليبى الصادر سنة ١٩٥١ فى المادة السابعة عشرة منه[١٢٦] .

أما الدستور اللبنانى فينص فى مادته الثامنة على أن « الحرية الشخصية مصونة

---

(١٢٤) الدكتور محمود مصطفى ، المصدر السابق ، ص ٢٠ — ٢١ . وقارن الدكتور محمود نجيب المرجع السابق ، ص ٧١ — ٧٢ . ويذكر الدكتور محمود مصطفى أن لجنة وضع مشروع قانون العقوبات فى الجمهورية العربية المتحدة لم تورد فى مشروعها نصا على مبدأ الشرعية اكتفاء بوروده فى المادة ٢٥ من الدستور الصادر سنة ١٩٦٤ . بينما يقرر الدكتور عبد الفتاح الصيفى أن المادة الأولى من مشروع قانون العقوبات للجمهورية العربية المتحدة قد نصت على أنه لا عقاب على فعل لم ينص القانون على تجريمه ، ولا يجوز توقيع عقوبة لم ينص عليها القانون . (أنظر ص ٣٠٠ هامش ١ من مؤلفه سالف الذكر) .

(١٢٥) محمود مصطفى ، المصدر السابق ، ص ٢٠ — ٢١ .

(١٢٦) ألغى هذا الدستور بقيام ثورة ليبيا فى ١ من سبتمبر ١٩٦٩ .

وفى حمى القانون ، ولا يمكن أن يقبض على أحد أو يحبس أو يوقف إلا وفقا لأحكام القانون ، ولا يمكن تحديد جرم أو تعيين عقوبة إلا بمقتضى القانون » .

وكذلك ينص الدستور السورى الصادر سنة ١٩٥٠ (١٢٧) على أنه « لا يحكم على أحد بسبب فعل أو ترك لم يكن حين اقترافه معاقبا عليه بموجب القوانين المعمول بها ولا تطبق عقوبة أشد من العقوبة النافذة وقت ارتكابه » .

وتنص المادة السبعون من الدستور الدائم لجمهورية السودان الصادر فى ١٤ أبريل ١٩٧٣ (١٢٨) على أنه « لا يعاقب أى شخص على جريمة ما إذا لم يكن هنالك قانون يعاقب عليها قبل ارتكاب تلك الجريمة ، كما لا يجوز أن توقع على أى شخص عقوبة أشد من تلك التى ينص عليها القانون الذى كان نافذ المفعول ساعة ارتكابها » (١٢٩) .

وفى المملكة الأردنية يستفاد مبدأ الشرعية من نص دستورها الصادر سنة ١٩٥٢ فى مادته الثامنة على أنه : « لا يجوز أن يوقف أحد أو يحبس إلا وفق أحكام القانون » .

وكذلك ينص الفصل السابع من دستور تونس الصادر فى سنة ١٩٥٩ على أن : « يتمتع المواطن بحقوق كاملة بالطرق والشروط المبينة بالقانون ، ولا يحد من

---

(١٢٧) ألغى هذا الدستور بعد قيام الوحدة بين مصر وسوريا سنة ١٩٥٨ ، وإن بقى النص الدستورى فى سوريا — فى الدساتير المختلفة التى تلت فشل الوحدة — على مبدأ الشرعية قائما .

(١٢٨) تنص المادة ٢١٧ من هذا الدستور على أن يعمل به من تاريخ إجازته فى مجلس الشعب وموافقة رئيس الجمهورية عليه . وقد وافق على هذا الدستور رئيس جمهورية السودان فى ٨ من مايو ١٩٧٣ وعمل به من هذا التاريخ .

(١٢٩) فى مشروع اللجنة القومية للدستور الذى قدم للجمعية التأسيسية فى يناير ١٩٦٨ كان النص على مبدأ الشرعية فى صياغة أفضل كثيراً من النص المتقدم . فقد جرى نص المادة ٢/٣٠ من مشروع ذلك الدستور (الذى لم يقدر له أن ترى النور) على ما يلى : « لا يجرم أى فعل ولا توقع أية عقوبة إلا بمقتضى قانون سابق » وكذلك تفضل صياغة المادة ٣٣ من مشروع الدستور الدائم (١٩٧٢) الصياغة النهائية التى تضمنتها المادة ٧٠ من الدستور بعد إقراره .

هذه الحقوق إلا بقانون يتخذ لاحترام حقوق الغير ولصالح الأمن العام والدفاع الوطنى ولازدهار الاقتصاد والنهوض الاجتماعى » .

أما دستور المملكة المغربية الصادر فى سنة ١٩٦٢ ، فقد نص فى الفصل العاشر منه على أنه : « لا يلقى القبض على أحد ولا يحبس ولا يعاقب إلا فى الأحوال وحسب الإجراءات المنصوص عليها فى القانون » .

وقد نصت على المبدأ كذلك قوانين العقوبات في الدول العربية . فنص عليه فى المادة الأولى والمادة السادسة من قانون العقوبات اللبنانى ، وهما تقابلان المادة الأولى والسادسة من قانون العقوبات السورى . ونص عليه كذلك فى المادة الأولى من قانون الجزاء الكويتى (رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠) وفى المادة ١٤ منه التى نصت على أن « يعاقب على الجرائم طبقا للقانون المعمول به وقت ارتكابها ، ولا يجوز أن توقع عقوبة من أجل فعل ارتكب قبل نفاذ القانون الذى قرر عقوبة على هذا الفعل » (١٣٠) .

وقد نص قانون العقوبات الأردنى (م/٢) على أنه « لا يقضى بأية عقوبة لم ينص القانون عليها حين اقتراف الجريمة » . وفى تونس تضمن نص المادة الأولى من قانون العقوبات النص على المبدأ .

وقبل صدور الدستور السودانى الدائم (١٩٧٣) كان مبدأ الشرعية فى السودان يستفاد من نص المادة ٢٩ من قانون العقوبات والتى تنص على أن « تشمل لفظة الجريمة أية جريمة ارتكبت إخلالا بأى قانون معمول به إلا فى الأحوال التى يظهر فيها غير ذلك من سياق الكلام » .

---

(١٣٠) وبذلك يكون المشرع الكويتى قد نص على المبدأ ثلاث مرات مرة فى الدستور (م/٣٢) ومرتين في قانون الجزاء . وقد كان الأولى كما سبق أن ذكرنا الاكتفاء بالنص الدستورى ، وقد وجه مثل هذا النقد أيضا إلى المشرع الليبى . انظر : الدكتور محمود مصطفى ، المصدر السابق ، ص ٢١ هامش ٣ .

وهكذا نستطيع أن نقرر أن القانون هو المصدر الوحيد للجرائم والعقوبات فى البلاد العربية. وقد أخذت الدول العربية أيضا بأهم نتائج مبدأ الشرعية ، وهى عدم رجعية القانون الجنائى إلى الماضى ، فضمنت قوانين عقوباتها نصوصا تفيد ذلك ، بل لقد ورد النص على هذه النتيجة من نتائج مبدأ الشرعية فى بعض الدساتير العربية أيضا (١٣١) .

وينصرف حكم هذه النتيجة أيضا إلى البلاد العربية التى لم يصدر فيها مجموعة قانون عقوبات مقننة ، كالمملكة العربية السعودية ، والجمهورية العربية اليمنية . على أن إعمال مبدأ الشرعية ونتائجه فى مثل هذه الدول إنما يكون على النحو الذى أوضحناه فيما سبق عند الكلام عن مدى إقرار المبدأ فى الشريعة الإسلامية ومن الجدير بالذكر أن المملكة العربية السعودية — رغم عدم صدور قانون العقوبات فيها — قد قننت بعض أحكام الجرائم التعزيرية وفرضت لها عقوبات محددة بمقتضى أنظمة صدرت بمراسيم ملكية ، ومن هذه الجرائم الرشوة والتهريب الجمركى والتزييف والتزوير وجرائم الشيكات(١٣٢) . وجرائم الاتجار فى المخدرات وتعاطيها . وفى خصوص الجرائم التى صدرت أنظمة بشأنها فإن مبدأ الشرعية يطبق فى المملكة العربية السعودية تطبيقه فى غيرها من الدول العربية .

٧ — الانتقادات الموجهة إلى مبدأ الشرعية والرد عليها

على الرغم من إقرار غالبية النظم الجنائية المعاصرة لمبدأ الشرعية ، ومن اعتباره مبدأ دستوريا فى عدد غير قليل من الدول إلا أن المبدأ لم يسلم من أن يوجه إليه خصومه سهام النقد التى أدت إلى أن يحاول البعض إعادة النظر فى قيمته باعتباره

---

(١٣١) محمود مصطفى ، المصدر السابق ، ص ٢٢ .

(١٣٢) انظر فى عرض النصوص المنظمة لهذه الجرائم والعقاب عليها : الأستاذ الدكتور أحمد عبد العزيز الألفى ، النظام الجنائى بالمملكة العربية السعودية ، الرياض ١٩٧٦ ، ص ٨٢ — ٣٠٣ .

أحد المبادىء الأساسية للتشريعات الجنائية ، وإلى أن يطرح على بساط البحث في عدد من المؤتمرات الدولية موضوع الابقاء على المبدأ أو إهداره .

وحاصل ما وجه إلى المبدأ من نقد أنه يؤدى بالتشريع الجنائي إلى العجز عن مواجهة تطور الحياة وتغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية . وأنه يقف حجر عثرة في سبيل الأخذ بالأفكار والنظم الحديثة في التجريم والعقاب . وأخيراً فقد قيل في نقد المبدأ أنه يتنافى ومبادىء الأخلاق إذ لا يتيح للقاضي أن يوقع عقابا على الأفعال المنافية للأخلاق ، والتي لا تجرمها النصوص القائمة ومت وقوعها .

ونفرد لكل من هذه الانتقادات الثلاثة والرد عليها فقرة على حدة أخرى إلى أى مدى تبرر تلك الانتقادات المطالبة بالتخلي عن المبدأ أو الخروج عليها .

٧ — ١ — عجز التشريع الجنائي في ظل مبدأ الشرعية عن مواجهة التطور :

ومبنى هذا النقد أن الشارع عند صياغة النصوص المتضمنة للتجريم ، والمقررة للعقاب : « لا يمكن أن يحيط سلفا بكل ما قد تتمخض عنه ظروف الحياة الاجتماعية المتجددة المتغيرة من أمور تستأهل العقاب ، وبذلك تتهيأ للخطرين والأشرار فرصة نادرة لارتكاب أفعال على جانب كبير من الخطورة سواء بالنسبة لأمن المجتمع أو بالنسبة لصالح الأفراد ، كل ذلك دون أن ينالهم أى عقاب لا لشىء إلا لأن الشارع لم يتدخل بنصوص صريحة لتجريم تلك الأعمال »[١٣٣] . ولا يستطيع القضاء إذا ما عرضت عليه مثل تلك الأفعال أن يتصدى للعقاب عليها ، فهو لا يملك خلق الجرائم والعقوبات ، بل هو لا يستطيع أن يتوسع في تفسير النص الجنائي لأن مبدأ الشرعية يلزم القضاء بتفسير النصوص الجنائية تفسيراً حرفيا ضيقاً .

ومن شأن ذلك كله أن يصيب التشريع الجنائي بالجمود والعجز عن مواجهة الأفعال الضارة بالجماعة أو بالأفراد وحماية المجتمع منها[١٣٤] .

---

(١٣٣) الأستاذ الدكتور علي راشد ، مبادىء القانون الجنائي ، القاهرة (بدون تاريخ — ط سيد وهبه) ، ص ٢٣٨ .

(١٣٤) عبد الفتاح الصيفي ، القاعدة الجنائية ، ص ٣١٧ — ٣١٨ .

ويضرب الفقه الجنائي المصري مثالا للأفعال الضارة التي جدت بعد وضع النص الجنائي فلم يستطع القضاء مواجهتها بالعقاب ، جريمة إصدار شيك بدون رصيد . ذلك أن المشرع المصري عند إصدار قانون العقوبات الأهلي سنة ١٨٨٣ ، وقانون العقوبات لسنة ١٩٠٤ لم يعرض لهذا الفعل بنص مجرم إذ لم يكن التعامل بالشيكات قد بلغ بعد درجة من الذيوع والانتشار تبرر النص على جرائمه في هذين القانونين. وفي ظل قانون ١٩٠٤ واجهت المحاكم المصرية مسألة إصدار شيك بدون رصيد ، واستقرت أحكام محكمة النقض — بعد تردد — على اعتباره فعلا غير مؤثم لأنه لا يعدو أن يكون مجرد كذب مكتوب غير مؤيد بمظاهر مادية ، ولذلك فلا عقاب عليه مطلقا . وعندما صدر قانون العقوبات المصري الحالي سنة ١٩٣٧ نصت المادة ٣٣٧ منه على تجريم إصدار شيك بدون رصيد وقيل في تبرير ذلك « إنه من المتعذر إدخاله في مادة النصب »[١٣٥] .

وقد يسهو المشرع عن تجريم بعض الأفعال عند وضع النص رغم أنها لا تقل خطورة عن أفعال أخرى ورد النص بتجريمها . ومن أمثلة ذلك النص في قانون العقوبات المصري لسنة ١٩٠٤ على حصر إحدى طرق التزوير في « وضع أختام أو إمضاءات مزورة » (م/١٧٩) ولم يضف المشرع إلى ذلك بصمة الأصبع رغم أن الجانب الأكبر من المتعاملين كان حينئذ أميا ، ورغم أن البصمة — على حد التعبير الطريف لمحكمة النقض المصرية — لو نطقت لما فاهت إلا باسم صاحبها[١٣٦] .

والواقع أن هذا الوجه من أوجه نقد مبدأ الشرعية مما لا يمكن الاستهانة به . خصوصاً إذا أخذنا في الاعتبار سرعة التطور في الحياة الاجتماعية والاقتصادية ، وتعقد طرق التعامل وتشابك مصالح الأطراف فيها ، وتفنن المجرمين في أساليب الإجرام كي يبقوا دائماً بمنجاة من حكم القانون . ولست أجد أصدق في الدلالة على

---

(١٣٥) المرجع السابق ، ص ٣١٨ — ٣١٩ والمراجع المشار إليها فيه .

(١٣٦) عبد الفتاح الصيفي ، المرجع السابق ، ص ٢١٨ : وقد ترددت محكمة النقض في ظل هذا النص في مساواة البصمة بالختم أو التوقيع على الرغم من دلالة البصمة الواضحة على شخص صاحبها ولذلك تدخل المشرع بعد ذلك ليقرر هذه المساواة .

صحة ذلك كله من قول أحد كبار القضاة الإنجليز Lord Simond « أن أحداً لا يمكنه أن يعلم مسبقاً كل الوسائل التى سوف يبتكرها الشر المغروس فى الإنسان للاخلال بنظام المجتمع » (١٣٧) .

وعلى الرغم من ذلك فإن هناك اعتبارات تقلل من خطورة النقد المتقدم ، أولها أن التشريع وسيلة متاحة دائماً لسد كل نقص يظهره الواقع فى نصوص التجريم والعقاب . وأن هذه النصوص يجب أن تتسم بقدر من المرونة والعموم يجعل القاضى قادراً دائماً على أن يواجه فى ظلها كل إخلال بالمصالح الحيوية للجماعة .

والاعتبار الثانى أن تقدير المصالح التى يجب أن يتدخل المشرع لحمايتها أمر تختلف فى شأنه وجهات النظر اختلافا كبيراً يجعلها فى ذاتها متغيرة من مجتمع إلى آخر ، ومن زمان إلى زمان ، بحيث يصبح من المتعذر ـ إن لم يكن من المستحيل ـ وضع قواعد دائمة منضبطة فى هذا الخصوص .

والاعتبار الثالث ـ والأخير ـ أن مزايا مبدأ الشرعية تعدل عيب الجمود عن مواجهة التطور ـ الذى هو محور هذا النقد ـ إن لم تكن أولى بالاعتبار والرعاية منه . فثبات القاعدة الجنائية ووضوحها ، ووضع الجميع أمام القانون على قدم المساواة وبث الطمأنينة فى نفوس الأفراد بحيث يعرف كل منهم مدى إمكان مساءلته عن فعله قبل الإقدام عليه ، كل ذلك يجعل كفة المبدأ ترجح على كفة الانتقاد الموجه إليه ، ويدعو إلى الانتصار له فى وجه محاولات إهداره أو الخروج عليه (١٣٨) .

---

(١٣٧) Quoted by H. L. A. Hart, Law, Liberty and Morality, London, 1969, p. 9

وقد كان ذلك بصدد حديث القاضى المشار إليه عن حق المحاكم البريطانية فى الحكم بعقوبات لأفعال لم يرد نص صريح من المشرع Act of Parliament بتجريمها .

(١٣٨) انظر فيما تقدم بيانه : محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، ١٩٦٩ (ط التاسعة) ، ص ٦٦ . وعبد الفتاح الصيفى ، المصدر السابق ، ص ٣٢٠ . على راشد ، المصدر السابق ، ص ٢٣٩ محمود نجيب حسنى المرجع السابق ذكره ، ص ٧٤ .

٧ ـ ٢ ـ مبدأ الشرعية والأفكار الحديثة فى التجريم والعقاب :

يقوم النقد الموجه إلى مبدأ الشرعية والمتعلق بمجافاته للأفكار الحديثة فى التجريم والعقاب على أمرين : أولهما أن المبدأ يتعارض مع نظام تفريد العقاب الذى أصبح دعامة من دعائم السياسة العقابية الحديثة . وثانيهما أن المبدأ لا يتفق مع الاتجاه الدستورى الحديث إلى تفويض البرلمان السلطة التنفيذية اختصاص إصدار قرارات لها قوة القانون فى حالات معينة .

٧ ـ ٢ ـ ١ ـ مبدأ الشرعية وتفريد العقاب :

إن التطبيق الحرفى لمبدأ الشرعية يؤدى إلى أن يقوم المشرع بتحديد العقوبة المقررة لكل جريمة من حيث نوعها ومن حيث مقدارها ، دون أن تؤخذ فى الاعتبار شخصية الجانى أو الظروف التى تحيط به فتدفعه إلى ارتكاب الجريمة . والمعيار الذى يعمله المشرع لتجريم فعل معين أو عدم تجريمه هو مدى ما ينطوى عليه ذلك الفعل من خطورة . أما خطورة الجانى فلا دور لها فى ذلك لأنها لا تمثل إلا أمام القاضى عندما يواجه كل جان وما ارتكبه على حدة . ولما كان مبدأ تفريد العقاب يعنى أن تكون العقوبة أداة مرنة فى يد القضاء حتى يلائم فى كل حالة على حدة بين العقوبة التى يوقعها وبين الجانى الذى توقع عليه والجريمة التى ارتكبها ، فلذلك قيل إن مبدأ الشرعية لا يتسق والسياسة العقابية القائمة على نظام تفريد العقوبة [١٣٩] .

الواقع أن هذا الوجه من انتقاد مبدأ الشرعية يعتبر ذا قيمة تاريخية فقط .

---

(١٣٩) عبد الفتاح الصيفى ، المرجع السابق ص ٣١٤ أحمد فتحى سرور ، أصول قانون العقوبات (القسم العام) ، القاهرة ١٩٧٢ ، ص ٥٠ ـ ٥١ . وفى مناقشة جدوى نظام تفريد العقوبات فى بريطانيا انظر :

Hall Williams, The English Penal System in Transition, London 1970, pp. 196 – 200 ; Nigel Walker , Crime and punishment in Britain, 2nd Ed. 1968, P. 257 et seq.

فى مرحلة معينة من مراحل التطور التشريعى للقانون الفرنسى ـ غداة الثورة الفرنسية مباشرة ـ التزم واضعوا قانون عقوبات سنة ١٧٩١ مبدأ الشرعية التزاماً حرفيا دقيقاً . فكانت لكل جريمة عقوبة واحدة ، ذات حد واحد ، يلتزم القاضى بالنطق بها كلما ثبت لديه ارتكاب المتهم للفعل الذى تقررت له . ولم تكن للقاضى أية سلطة تقديرية يمكنه من خلالها وزن الظروف التى ارتكب فيها الجانى جريمته ، أو الدوافع إليها ، وكان سبب ذلك واضحاً فى محاولة التخلص مما ساد قبل الثورة الفرنسية من تعسف القضاة وتحكمهم .

ولكن هذا التحديد الجامد للعقوبات ، وحرمان القضاة من أية سلطة تقديرية فى مجال عملهم أدى إلى عكس المراد منه . فقد وجد القضاة أنفسهم ـ أحياناً ـ مضطرين إلى تبرئة المتهم ـ رغم ثبوت ارتكابه للجريمة ـ لأن ضمائرهم لا تقبل ، فى ظل ظروف الواقعة المعروضة أمامهم ، أن يواجه الجناة العقوبة القاسية التى فرضها المشرع .

وأمام هذه النتيجة الخطرة التى أدى إليها التطبيق المتطرف لمبدأ الشرعية لجأ المشرع الفرنسى فى سنة ١٨١٠ ، عند وضع قانون العقوبات الفرنسى الحالى ، إلى توسيع سلطات القاضى التقديرية مع إحاطتها بما يحول دون تعسفه من قيود . فجعل لمعظم الجرائم عقوبة تتراوح بين حدين أعلى وأدنى ، ورتب المشرع لبعض الجرائم عقوبتين وترك للقاضى الخيار فى تطبيق أيهما مراعاة لظروف الواقعة المعروضة عليه . وأدخل المشرع نظام وقف التنفيذ ، فأجاز للقاضى أن ينطق بالحكم القاضى بالعقوبة مع إيقاف تنفيذها إذا دلت ظروف الجريمة ، أو ماضى المتهم على أن وقف التنفيذ سيكون كافيا لردعه وتقويمه .

وكذلك جعل المشرع لسلطة التنفيذ تقدير ظروف كل محكوم عليه على حدة لتقرر له نوع العمل الذى يمارسه فى السجن مراعية فى ذلك سنه وجنسه ومهنته وحالته النفسية والصحية وما يمكن تأهيله للقيام به بعد خروجه من السجن .

وتقرر نظام العفو عن العقوبة واستبدالها ، وكذلك نظام الإفراج المشروط عن المحكوم عليه إذا أمضى بعض مدة العقوبة المحكوم بها عليه وكانت سيرته فى السجن

وسلوكه تؤهلانه لذلك . وبهذا أنقذ المشرع الفرنسى مبدأ الشرعية من أهم أوجه النقد التى وجهت إليه وكانت كفيلة بالقضاء عليه (١٤٠) .

وليس هناك تعارض — كما يقول بحق الأستاذ الدكتور محمود مصطفى — بين إقرار مبدأ الشرعية وبين الأخذ بالنظم العقابية الجديدة كنظام الظروف المخففة ، ونظام وقف التنفيذ ، ونظام الاختبار القضائى وغيرها لأن سلطة القاضى فى الأخذ بهذه النظم هى سلطة مستمدة من القانون ذاته . (١٤١) ومن جهة أخرى فإن جوهر مبدأ الشرعية هو الحيلولة دون تحكم القضاة وعسفهم وذلك بتقييد سلطتهم بنصوص القانون ، فلا يعمل القاضى سلطته التقديرية إلا وفقاً للضوابط التى يحددها القانون(١٤٢) .

وقد استقرت هذه النظم العقابية المتقدمة الذكر فى الجانب الغالب من التشريعات الجنائية الحديثة ، وصارت جنباً إلى جنب مع أخذ هذه التشريعات بمبدأ الشرعية ، الأمر الذى يمكن معه أن نقول إن انتقاد المبدأ المبنى على اعتباره منافياً لهذه النظم قد أصبح فى الظروف الحالية انتقاداً غير ذى موضوع ، رغم أنه كان ، فى ظروف تاريخية معينة ، أخطر ما وجه إلى المبدأ من نقد .

٧ — ٢ — ٢ — مبدأ الشرعية والاختصاص التشريعى للسلطة التنفيذية :

سبق أن بينا أن مقتضى مبدأ الشرعية أن يقتصر تحديد الجرائم والعقوبات على ما يصدر عن السلطة التشريعية فى الدولة من قوانين ، مع تقرير استقلال السلطة التشريعية وحدها بسن القوانين .

ولذلك قيل إن مبدأ الشرعية يتعارض — بهذا المفهوم — مع الاتجاه الدستورى

---

(١٤٠) عبد الفتاح الصيفى ، المصدر السابق ، ص ٣١٦ — ٣١٧ . وأحمد فتحى سرور ، المرجع السابق ، ص ٥١ . وفى وسائل التفريد العقابى فى التنفيذ فى بريطانيا أنظر :
Sir Norwood East, The Society and The Criminal, London, 1960, PP. 173 - 176.

(١٤١) محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، ص ٦٣ .

(١٤٢) الأستاذ الدكتور أحمد فتحى سرور ، المرجع السابق ، ص ٥١ .

الحديث إلى تفويض السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية فى إصدار قرارات لها قوة القانون . أو تخويل الدستور السلطة التنفيذية إصدار قرارات لها قوة القانون فيما بين أدوار انعقاد البرلمان أو فى فترة حله (١٤٣) .

وقد أقر الاختصاص التشريعى على الصورتين المتقدم ذكرهما فى مصر الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية والصادر سنة ١٩٧١ فى مادتيه (١١٨) و (١٤٧) .

وهذا الاعتراض مردود بأن السلطة التنفيذية تمارس اختصاصها التشريعى وفقاً للدستور ، من جهة ، وتمارسه ، من جهة أخرى ، تحت الرقابة المقررة للسلطة التشريعية على ما يصدر عن السلطة التنفيذية من قرارات لها قوة القانون ، إذ تعرض هذه القرارات على مجلس الشعب فور انعقاده ليمارس بصددها اختصاصه الأصيل فى الرقابة على السلطة التنفيذية (١٤٤) .

٧ ــ ٣ ــ مخالفة مبدأ الشرعية لمبادىء الأخلاق :

يقوم النقد الموجه إلى مبدأ الشرعية من حيث مخالفته للمبادىء الأخلاقية على أساس أن المشرع لا يمكنه بأى حال أن يحصر جميع الأفعال المنافية للأخلاق ، على المستوى الفردى ، أو التى تؤدى إلى هبوط مستوى التمسك بالقيم الأخلاقية فى المجتمع ككل ، ليجرمها ويضع لكل منها عقوبة تلائمها . ولذلك رأى خصوم المبدأ وجوب التغلب على هذه العقبة عن طريق إباحة التجريم والعقاب بطريق القياس (١٤٥) .

وهذا النقد ينطبق بشأنه ما سبق أن بيناه من اختلاف وجهات النظر حول الأفعال الجديرة بالتجريم ، وتلك التى لا تستدعى تدخل المشرع لتجريمها . ويرد

---

(١٤٣) أورد هذا النقد لمبدأ الشرعية ، والرد عليه ، الأستاذ الدكتور أحمد فتحى سرور فى المصدر السابق ص ٥٠ ــ ٥١ .

(١٤٤) قارن : أحمد فتحى سرور ، المرجع السابق ، ص ٥١ ــ ٥٢ .

(١٤٥) محمود مصطفى ، المرجع السابق ، ص ٦٥ ــ ٦٦ ، وأحمد فتحي سرور ، المرجع السابق ، ص ٥٢ .

على هذا النقد أيضاً ما سبق أن بيناه من أن المشرع يجب أن يتدخل لسد كل نقص أو معالجة كل حالة تبين في الواقع العملي ضرورة معالجتها بنص جنائي . وأخيراً فإن القاعدة الجنائية لا تتطابق دائماً والقاعدة الأخلاقية ، إذ أن الدائرة التي تعمل فيها الأولى أضيق بالضرورة من الدائرة التي تعمل فيها الثانية [١٤٦] .

٨ ـ مبدأ الشرعية في المؤتمرات والاتفاقيات الدولية

لقد استطاع مبدأ الشرعية على الرغم من الانتقادات التي وجهت إليه ، والتي ناقشناها فيما تقدم ، أن يبقى راسخا في عالم القانون الجنائي كدعامة من دعاماته الأساسية التي تسلم بها النظم الجنائية المعاصرة .

فبدأ الشرعية هو الضمان الحقيقي لحرية المواطنين فلا يجوز في ظل هذا المبدأ تعريض حرية المواطن لأي قيد يرد عليها من قبض أو حبس في غير الأحوال المقررة في القانون . ولا يتعرض المواطن لاعتبار فعله جريمة إلا إذا كان القانون السارى وقت ارتكابه لهذا الفعل يعده كذلك .

ومبدأ الشرعية هو الضمان لوحدة القانون ووضوحه بالنسبة للكافة . إذ لو ترك حق التجريم والعقاب للقضاة ـ وهم بشر لا يعصمهم من الهوى إلا نظام يخضعون له ـ لتضاربت أحكامهم . وتدخلت في مؤاخذة الناس أمزجتهم وأهواؤهم ولسار الناس في ممارسة نشاطهم في مختلف نواحي الحياة يضربون على غير هدى ويؤاخذون على أعمال اقترفوها وهم يحسبون أنهم يحسنون صنعاً ، فإذا بها تنقلب عليهم وبالا وخسرا [١٤٧] .

ولذلك فقد أقرت مبدأ الشرعية وأيدته المؤتمرات القانونية الدولية التي طرح على بساط البحث فيها موضوع مزايا المبدأ وعيوبه ، فأكده المؤتمر الدولي الرابع

---

(١٤٦) المرجعين السابقين . وقارن في شأن علاقة القانون الجنائي بالقيم الأخلاقية بحثنا المعنون « أساسيات في التشريع الجنائي الإسلامي » والمنشور في العدد الأول من مجلة « دراسات » التي تصدرها كلية التربية بجامعة الرياض ١٣٩٧هـ ـ ١٩٧٧م .

(١٤٧) في هذا المعنى انظر : رمسيس بهنام ، المصدر السابق ذكره ، ص ١٩٢ .

لقانون العقوبات والذى عقد في باريس فى يوليو سنة ١٩٣٧ . والمؤتمر الدولى للقانون المقارن ، الذى عقد فىأغسطس فى نفس السنة . وفى عام ١٩٣٨ أيد المؤتمر الأمريكى اللاتينى للعلوم الجنائية الإبقاء على المبدأ . وأيده كذلك المؤتمر الدولى لرجال القانون والذى عقد في نيودلهى فى يناير سنة ١٩٥٩ (١٤٨) .

واكتسب المبدأ قيمة عالية بإقراره فى صلب الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٠ من ديسمبر ١٩٤٨ حيث نصت مادته الحادية عشرة على أنه : « لا يدان أى شخص من جراء فعل أو ترك إلا إذا كان ذلك يعتبر جرما وفقاً للقانون الوطنى أو الدولى وقت الارتـكاب . كذلك لاتوقع عليه عقوبة أشد من تلك التى كان يجب توقيعها وقت ارتـكاب الجرم » . وكذلك وجد المبدأ تعبيراً عنه فى الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والتى عقدت فى روما سنة ١٩٥٠ (١٤٩) وذلك بنص الاتفاقية على احترام الحقوق التى تضمنها الإعلان العالمى لحقوق الإنسان .

وفى ١٦ من ديسمبر سنة ١٩٦٦ أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية ، وقد اعتبرت هذه الاتفاقية سارية المفعول اعتباراً من ١٥ من يوليو ١٩٦٧ . وقد نصت المادة التاسعة من هذه الاتفاقية (فى فقرتها الأولى) على أنه « لا يجوز القبض على أحد أو حبسه بشكل تعسفى ، كما لا يجوز حرمان أحد من حريته إلا على أساس من القانون وطبقاً للاجراءات المقررة فيـه » .

ولهذه الاتفاقية قيمة قانونيةُ كبيرة باعتبارها تقنينا دولياً لحقوق الإنسان ،

---

(١٤٨) رمسيس بهنام ، المصدر السابق ، ص ١٨٩ (بالهامش) ، وعبد الفتاح الصيفى ، المصدر السابق ، ص ٣٢٣ — ٣٢٤ .

(١٤٩) انظر الأستاذ الدكتور محمد محي الدين عوض ، المبادىء الأساسية للقانون الجنائى الأنجلو — أمريكى ، ص ٧١ — ٧٢ .

والأستاذ الدكتور أحمد فتحى سرور ، أصول السياسة الجنائية ، القاهرة ، ١٩٧٢ ، ص ١٤٠ .

فبينما يقتصر أثر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على فرض التزام أدبي باحترام هذه الحقوق ، ويقتصر أثر الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان على أطرافهما من الدول الأوربية ، يمتد نطاق اتفاقية الحقوق المدنية والسياسية إلى كافة الدول الأعضاء في الأمم المتحدة ، وتفرض نصوصها التزامات قانونية محددة على هذه الدول باحترام الحقوق المقررة فيها (١٥٠) .

والواقع من الأمر أن مبدأ الشرعية في ظل الأوضاع الحالية للقانون الجنائي يعتبر ضرورة لامعدى عنها . ولا يتصور إهدار للمبدأ أو التخلص منه ما بقيت العقوبة كجزاء يترتب على مخالفة تكليف قانوني ، أياً كان نوع القانون الذي ينتمي إليه هذا التكليف . أما حين يضعف الاعتماد على العقوبة ، أو يزول ، ويحل محله الاعتماد على التدابير الواقية وتسود السياسة الجنائية أفكار الدفاع الإجتماعي ـ حين يحدث هذا ، إذا حدث ـ فإن مبدأ الشرعية عندئذ سيفقد ـ في نظر البعض ـ أهم مبررات وجوده ، كما سوف تفقد قيمتها أهم نتائجه(١٥١) .

٩ ـ نطاق مبدأ الشرعية

بينا في مستهل هذه الدراسة أن مؤدى مبدأ الشرعية « ألا جريمة ولا عقوبة بغير نص » . وقد وجد هذا المبدأ أو ذاع في الوقت الذي كانت فيه التدابير الواقية أو الاحترازية تجد قدراً قليلا من الاعتراف بها في التشريعات الجنائية ، أو لا يعترف بها على الإطلاق .

وقد تغير هذا الوضع تدريجياً ، بفضل ذيوع فلسفة المدرسة الوضعية في القانون

---

(١٥٠) الدكتور أحمد فتحي سرور ، المرجع السابق . وفي هذا المرجع تفصيل لحقوق الإنسان التي أوردتها الاتفاقية والواجب احترامها في أثناء الخصومة الجنائية . انظر بوجه خاص ص ١٤١ ـ ١٤٢ .

(١٥١) انظر في ذلك الدكتور عبد الفتاح الصيفي ، المرجع السابق ، ص ٣٢٣ . والأستاذ الدكتور علي راشد ، المرجع السابق ، ص ٢٣٩ . وانظر أيضاً ما يلي في الفقرة رقم ٩ حول نطاق مبدأ الشرعية .

الجنائى ، فوجدت التدابير الواقية ، أو الاحترازية ، مكانها إلى جانب العقوبات التقليدية فى معظم التشريعات الجنائية . فهى إما بديل عن العقوبة أو مكمل لها باعتبارها إجراء أمن تتخذه الجماعة فى مواجهة كل من ينطوى على خطورة إجرامية من أفرادها (١٥٢) .

والسؤال الذى نعرض له الآن هو : هل ينطبق مبدأ الشرعية ونتائجه فى مجال التدابير الواقعية ، كما ينطبق فى مجال العقوبات التقليدية ؟

لا شك أنه لا يجوز الحكم بتدبير وقائى إلا بقانون . ذلك أن التدابير الواقية — فى جوهرها — لا تعدو أن تكون قيداً على حرية المواطن ، أو على البعض من حقوقه . ومهما قيل عن الطبيعة الخاصة للتدابير الواقية ، فإنها كقيود على حريات الأفراد أو كاجراءات تؤدى إلى الانتقاص من حقوقهم ، لا يجوز أن تفرض عليهم إلا بقانون . (١٥٣) وذلك هو ما يتسق والقواعد المسلم بها عالمياً فى حقوق الإنسان .

ولذلك كان الرأى الراجح فى الفقه الجنائى أن هذه التدابير لا يجوز أن تطبق بمجرد صدور قرار إدارى بها ، وإنما يلزم أن يكون تطبيقها عن طريق صدور حكم قضائى بها من القضاء الجنائى . (١٥٤) وفى الحالات التى تقتضى فيها الضرورة اتخاذ تدبير وقائى بقرار إدارى فإن هذا القرار يجب أن يخضع لرقابة القضاء عن طريق إجازة الطعن فيه لمن صدر ضده (١٥٥) .

وقد سلمت التشريعات الجنائية الحديثة بانطباق مبدأ الشرعية فى مجال التدابير الواقية فنص على ذلك قانون العقوبات الإيطالى (م/١٩٩) وقانون العقوبات

---

(١٥٢) انظر فى التدابير الواقية بوجه عام ، رمسيس بهنام ، المصدر السابق ، ص ١٠٨٧ — ١١٠١ .

(١٥٣) رمسيس بهنام ، المصدر السابق ، ص ١٩١ (هامش ٢) ، وعبدالفتاح الصيفى ، المصدر السابق ، ص ٣٢١ .

(١٥٤) و (١٥٥) الأستاذ الدكتور أحمد فتحى سرور ، أصول السياسة الجنائية ، المصدر السابق ، ص ٢٧٢ — ٢٧٣ . وفى الاختصاص القضائى بدعوى التدابير الواقية أنظر ص ٢٧٤ — ٢٨١ من ذات المؤلف .

اللبنانى (م/١٢) وقانون العقوبات السورى (م/١٢) وقانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتى (م/٢٣) . وقد أخذت بذلك أيضاً المادة الخامسة من مشروع قانون العقوبات الجمهورية العربية المتحدة .

ومع التسليم فى الفقه والتشريع بأنه لا تدبير إلا بقانون فإن الجدل يثور حول مدى تطبيق أهم نتائج مبدأ الشرعية ، ألا وهى عدم تطبيق القانون بأثر رجعى ، على التدابير الواقية .

فتقضى المادة الخامسة من مشروع قانون العقوبات للجمهورية العربية المتحدة بأنه « ... إذا صدر قانون بتدبير جديد بعد حكم بات بالإدانة جاز للمحكمة النظر فى تطبيق التدبير الجديد بناء على طلب المحكوم عليه أو النيابة العامة » . وتنص المادة (١٤) من قانون العقوبات السورى (ومثلها م/١٤ عقوبات لبنانى) على أنه « إذا صدر قانون بتدبير احترازى جديد بعد حكم مبرم جاز للمحكمة النظر فى تطبيق التدبير الجديد » .

ويتضح من هذه النصوص أن المشرع فيها قد أجاز رجعية التدبير الواقى (أو الاحترازى) إلى الماضى ، خلافاً لما هو مقرر فى هذه القوانين ذاتها من عدم رجعية العقوبة إلى الماضى .

ويؤيد جانب من الفقه المصرى المسلك الذى قررته نصوص القانونين السورى واللبنانى ومشروع قانون العقوبات للجمهورية العربية المتحدة مؤسساً ذلك على أن التدابير الواقية « لا يقصد بها الإيلام فى ذاته ، كما لا يقصد بها الردع العام ، وإنما يقصد بها دفاع الجماعة عن نفسها ضد مصدر خطورة لا يجدى فى صرفه عن خطورته سوى إخضاعه لهذا التدبير الوقائى » [١٥٦] .

وعلى العكس من ذلك فإن رأيا آخر فى الفقه المصرى يرى عدم جواز رجعية التدابير الواقية إلى الماضى . باعتبار أنها لا تخلو من عنصر إيلام يعادل عنصر العلاج

---

(١٥٦) الأستاذ الدكتور عبد الفتاح الصيفى ، المرجع السابق ، ص ٣٢٢ .

فيها . ويرى أنصار هذا الرأى أنه يؤدى إلى تأمين المواطنين فى حرياتهم وتجنيبه كل منهم مفاجآت سيئة لم تكن فى حسبانه وقت الإقدام على السلوك[١٥٧] .

ومع التسليم باختلاف التدبير الواقى فى طبيعته وهدفه عن العقوبة بمفهومها التقليدى ، إلا أنه من المسلم به أيضا انطواء التدابير الواقية على قيود على حريات الأفراد وانتقاص — فى صورة من الصور — من حقوقهم . ولا يرد على ذلك بأن هذه التدابير الواقية : « يقصد بها علاج الجانى ووقاية المجتمع منه فى نفس الوقت »[١٥٨] . ذلك أن هذه التدابير توجه فى الواقع نحو شخص معين فتفرض عليه حدا من حريته أو حرماناً من بعض حقوقه أو كليهما معا ، وتختلف قطعا عن « التدابير الاجتماعية التى تتخذها الدولة فى المجتمع أو قبل طائفة معينة فيه لتحسين ظروفهم الاجتماعية »[١٥٩] .

ولذلك فإنه من المتعين النظر إلى هذه التدابير فيما يخص مدى جواز رجعيتها فى ضوء القواعد الأساسية لحقوق الإنسان والتى أصبحت من المسلمات فى الفكر القانونى العالمى ، وفى كافة النظم القانونية المتمدينة . وإذا كانت هذه القواعد تمنع المساس بالحقوق والحريات الفردية إلا بناء على قانون . ولا يستقيم مع إعمالها القول بجواز رجعية التدابير الواقية إلى الماضى ، فإننا بغير تردد نختار جانب الرأى القائل بعدم جواز رجعية التدابير الواقية إلى الماضى . ولا يعنينا فى هذا الخصوص ما شغل به أنصار الرأيين المتقدمين (حول رجعية التدابير) من مدى موافقة كل رأى منهما لآراء فلاسفة المدرسة الوضعية الايطالية ، أو مخالفته لها . وإنما الذى يعنينا هو استقرار حقوق الناس وحرياتهم ، وضمان عدم المساس بها من جراء فعل ما إلا على النحو المقرر فى القانون لمرتكب هذا الفعل[١٦٠] .

---

(١٥٧) الأستاذ الدكتور رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ١٠٩٦ .

(١٥٨) نقلا عن الدكتور عبد الفتاح الصيفى ، المصدر السابق ، ص ٣٢٢ .

(١٥٩) الدكتور أحمد فتحى سرور ، أصول السياسة الجنائية ، ص ٢٧٣ .

(١٦٠) قارن بذلك الأساس الذى يبنى عليه كل من الأستاذين الدكتورين عبد الفتاح الصيفى ورمسيس بهنام رأيه فى هذا الموضوع ، وذلك فى مؤلفيهما سالفى الذكر.

والقول برجعية التدابير الوقائى إلى الماضى كما يتعارض فى نظرنا مع المبادىء الأساسية لحقوق الإنسان ، فإنه يتعارض ـ فى مصر بوجه خاص ـ مع نصوص دستورها الدائم (دستور ١٩٧١) الذى عنى أعظم عناية بكفالة حريات المواطنين وحقوقهم فعبر في نص مادته (٤١) عن الحرية الشخصية بأنها « حق طبيعى . وهى مصونة لا تمس» [١٦١] .

١٠ — تشريعات لم تأخذ بمبدأ الشرعية :

بينا فيما سبق أن مبدأ الشرعية يحظى بتأييد الجانب الغالب من التشريعات الجنائية . كما أن المؤتمرات الدولية التى طرح فيها المبدأ للمناقشة قد أجمعت على إقراره والتوصية بالتزامه ، وكذلك نصت على المبدأ نصوص إعلانات حقوق الإنسان والاتفاقات الدولية المقررة لهذه الحقوق . ومع ذلك فإن هناك عدداً من التشريعات لا يأخذ بمبدأ الشرعية . ونعالج فيما يلى موقف هذه التشريعات ، سواء منها ما عاد إلى الأخذ بالمبدأ أو ما لا يزال معرضاً عن تطبيقه .

١٠ ـ ١ ـ قانون العقوبات الدانيمركى :

كان قانون العقوبات الدانيمركى هو أول التشريعات الجنائية الحديثة التى أهدرت مبدأ الشرعية . فقد صدر هذا القانون سنة ١٨٦٦ م مجيزاً للقاضى الالتجاء إلى القياس للعقاب على الأفعال التى لم يجرمها المشرع بنص صريح . وقد صدر قانون العقوبات الدانيمركى الجديد سنة ١٩٣٠ (وعمل به ابتداء من ١٩٣٣/١/١) ونص هذا القانون أيضاً فى مادته الأولى على أنه يقع تحت طائلة العقاب كل فعل يعاقب عليه القانون الدانيمركى ، وكل فعل آخر يشابه الفعل المنصوص عليه تمام المشابهة . وبذلك يكون المشرع الدانيمركى قد أهدر مبدأ الشرعية بإباحته أن يشمل العقاب

---

(١٦١) قارن :الدكتور أحمد فتحى سرور ، المرجع السابق ذكره ،ص١٤٦ــ١٤٧.
وقارن بذلك ماسبقت الإشارة إليه من أن اتساع نطاق التدابير الواقعية وضيق نطاق إستعمال العقوبات التقليدية سوف يؤدى ـ فى نظر البعض ـ إلى فقدان نتائج مبدأ الشرعية لقيمتها . (فقرة ٨ من هذه الدراسة) .

أفعالا لم ينص القانون على العقاب عليها . ولا يزال هذا القانون هو المعمول به حتى الآن فى الدانيمرك (١٦٢) .

١٠ — ٢ — قانون العقوبات فى جمهورية الصين الشعبية :

أباح قانون العقوبات لجمهورية الصين الشعبية أن يمتد نطاق التجريم والعقاب بطريق القياس على الأفعال المنصوص عليها فى القانون إذا كان الفعل المعروض على القضاء يشكل خطورة إجتماعية أو كان مناهضاً لمبادىء الثورة الشعبية . وبذلك فإن القاضى الجنائى فى الصين الشعبية يملك سلطة تجريم الأفعال المشار إليها بالقياس على أقرب الأفعال إليها فى القانون . وهـذا الإهدار لمبدأ الشرعية فى القانون الصينى يكاد أن يكون متطابقاً مع ما كان معمولا به فى روسيا حتى سنة ١٩٥٨ وهو ما سنشير إليه عند الكلام عن موقف القانون السوفيتى من مبدأ الشرعية (١٦٣) .

١٠ — ٣ — قانون العقوبات الألمانى :

قدمنا أن الفقيه الألمـانى الكبير Von Feuerbach كان صاحب الفضل فى الصياغة المشهورة لمبدأ الشرعية ، والتى رددها الفقهاء جميعا من بعده . وقد صدر قانون العقوبات الألمـانى عام ١٨٧١ معتنقاً مبدأ الشرعية بحيث اقتصر مصدر الجرائم والعقوبات وفقاً لهذا القانون على التشريع المكتوب والصادر عن السلطة المختصة .

غير أن نظام الحكم النازى تنكر لمبدأ الشرعية فأصدر تعديل ٢٨ يونيو ١٩٣٥

---

(١٦٢) انظر فى ذلك : محمود إبراهيم إسماعيل ، المرجع السابق ، ص ١٣٦ والدكتور عبد الفتاح الصيفى ، المصدر السابق ، ص ٣٠٢ . وقارن : رمسيس بهنام ، المرجع السابق ، ص ١٩١ (هامش ٢) ، وهو ينقل عن مرجع إيطالى أن القضاء الدنيمركى يجرى على العمل بروح مبدأ الشرعية رغم عدم النص عليها . ولسنا ندرى كيف يمكن أن يكون ذلك صحيحا مع صراحة نص المادة الأولى المتقدم ذكرها ؟

(١٦٣) أنظر فى خصوص قانون العقوبات الصينى ، أحمد فتحى سرور ، أصول قانون العقوبات ، ص ٥٢ .

الذى تناول المـادة الثانية من قانون العقوبات الألمـانى التى تعالج مبدأ الشرعية . وبموجب هذا التعديل أصبح النص يقرر العقاب على الأفعال المنصوص على عقاب لها فى القانون الجنائى ، وكذلك على الأفعال التى تستحق العقوبة طبقاً للمفاهيم الأساسية لهذا القانون وطبقاً للشعور العام . وكلما لم يكن هناك نص على عقاب مثل هـذه الأفعال فإن العقاب عليها يـكون طبقاً للنصوص التى تقرر عقابا على أقرب فعل إليها . (١٦٤) وبذلك خرج التجريم والعقاب عن أن يكون محصوراً فى نطاق التشريع الجنائى ، وإنمـا يكفى أن يتعارض الفعل مع المفاهيم الأساسية لقانون العقوبات أو أن يراه الشعور العام للجماعة جديراً بالاستنـكار حتى يكون للقاضى ـ أو عليه ـ أن يحكم على مرتـكبه بالعقوبة .

وبذلك هدم النظام النازى ـ فيما هدم من ضمانات حقوق الأفراد ـ مبدأ الشرعية ، مطلقاً سلطة التجريم لا لتشمل فقط الأفعال ذات الخطورة على المجتمع ، وإنمـا لتغطى أيضاً كل فعل يرى الشعور العام للجماعة أنه فعل مستهجن ، وأن مرتـكبه يستأهل العقاب . ولاشك أن إثبات هذه الصفة للأفعال غير المنصوص على تجريمها كان من أهم الوسائل المتاحة لسلطات الحـكم النازى للقضاء على خصومها والإضرار بهم (١٦٥) .

ولذلك لم يتوانـ الحلفاء الذين قضوا على الحـكم النازى فى ألمـانيا بانتصارهم فى الحرب العالمية الثانية فى أن يصدروا إبان احتلالهم لها عسكرياً القانون رقم ١١ فى ٢٠ يناير ١٩٤٦ ملغياً تعديل ٢٨ يونيو ١٩٣٥ لقانون العقوبات ومقرراً العودة إلى العمل بالنص الأصلى للمادة الثانية فى قانون العقوبات الألمـانى . (١٦٦) وبذلك

---

(١٦٤) Sir Ivor Jennings, The Law and the Constitution. op cit. P.52

(١٦٥) انظر فى مسلك النظام النازى بوجه عام :

Allan Blulock, Hitler, A Study in Tyranny, London. 1969. pp. 266 et sep.

وقد طبع هذا الـكتاب سبع طبقات بين سنتى ١٩٥٢ ـ ١٩٦٩ ، وكان المؤلف مديراً لجامعة أكسفورد وأستاذا للتاريخ بها .

(١٦٦) انظر فى ذلك الدكتور عبد الفتاح الصيفى ، المرجع السابق ، ص ٣٠٣ ، وقد صدر تعديل ١٩٤٦ المشار إليه فى المتن عن مجلس رقابة الحلفاء الذى تولى كافة السلطات =

عاد مبدأ الشرعية إلى مكانه فى القانون الجنائى الألمانى . ولايزال معمولا به هناك .

١٠ ـ ٤ ـ قانون العقوبات السوفيتى :

قامت الثورة الشيوعية في روسيا بالاستيلاء على مقاليد الحكم وإلغاء النظام القيصرى فى أكتوبر ١٩١٧ . وسرعان ما واجه الشيوعيون ضرورة تغيير النظام القانونى الذى كان سائدا فى روسيا قبل الحكم الشيوعى حتى تتلاءم القواعد القانونية مع الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية والسياسية الجديدة . وكان نصيب القانون الجنائى من هذه التغييرات التشريعية أن صدر أول قانون جنائى للجمهوريات الفدرالية سنة ١٩٢٢ ، ثم أعقبه ـ بعد تكوين الاتحاد السوفيتى ـ صدور المبادىء الأساسية للتشريع الجنائى سنة ١٩٢٤ ، والتى فى ضوئها وضع قانون العقوبات للجمهوريات السوفيتية سنة ١٩٢٦ [١٦٧] .

وقد صدر هذا القانون فى ٢٢ نوفمبر ١٩٢٦ على أن يعمل به من أول يناير ١٩٢٧ . وقد كان أخطر العيوب التى لوحظت على هذا القانون هو تخليه عن مبدأ الشرعية وإهداره له . وقد تمثل ذلك فى أمرين أولهما إباحة التجريم عن طريق القياس ، والثانى النص على عقوبات ذات أثر رجعى .

فأما النص على إباحة التجريم بطريق القياس فقد ورد فى المادة السادسة عشرة من القانون إذ قضت بأنه « إذا كان أى فعل خطر إجتماعياً لم ينص عليه فى هذا القانون ، فإن أساس المسئولية عن هذا الفعل وحدودها تتقرر وفقاً لمواد هذا

= فى ألمانيا غداة هزيمتها فى الحرب العالمية الثانية ولذلك فإنه يعتبر من قبيل التجوز فى التعبير القول بأن المشرع الألمانى عدل إهدار مبدأ الشرعية ، إذ لم يكن المشرع الألمانى ـ بالمعنى الصحيح ـ يمارس أية سلطات، بل لم يكن له وجود ، خلال الفترة التى صدر فيها تعديل ١٩٤٦ الذى أعاد العمل بذلك المبدأ .

(١٦٧) راجع فى ذلك ، وفى تطور القانون السوفيتى بوجه عام :

Johnson. An Introduction to the Soviet Legal System, London 1972, pp. 24 — 39

القانون التى تمالع أكثر الجرائم شبها به من حيث طبيعتها) (١٦٨) ؛

وقد استخدم هذا النص استخداماً سيئاً . فتقررت لبعض الجرائم على أساسه عقوبات أشد من تلك التى كان يجب توقيعها . ومن ذلك توقيع عقوبة السرقة من الفنادق وقطارات السكك الحديدية (وهى عقوبة مشددة) على مرتكبى جرائم السرقة من المنازل الخالية . ولم يكن هناك نص فى هذا القانون يعاقب على امتلاك أو إدارة مخزن للاسلحة البيضاء (Baxyntes) ولكن القضاء عاقب على هذه (الجريمة) بطريق قياسها على جريمة تخزين المواد المنفجرة التى كانت منصوصاً عليها .

وقد كان على سلطة الاتهام أن تجد دائماً الجريمة الشبيهة بالفعل المطلوب العقاب عليه لتقدم إلى المحكمة وسيلة القياس التى تبنى عليها حكمها . ومن طرائف ما صنعته سلطات الاتهام فى هذا الشأن فى واقعة حدثت سنة ١٩٣٦ قياس هجر الزوجة منزل الزوجية لتعيش مع رجل آخر غير زوجها ، على جريمة الصيد بغير إذن رسمى . وبذلك عوقب الرجل ولم تعاقب المرأة (١٦٩) .

وأما النص على تطبيق بعض العقوبات وتجريم بعض الأفعال بأثر رجعى فأوضح مثال له هو تجريم أفعال مقاومة الثورة الشيوعية التى ارتكبها كبار الموظفين الحكوميين أو رجال البوليس السرى فى العهد القيصرى . وقد فرض القانون لهذه الأفعال عقوبة الإعدام . وأيا ما كان الأمر فى شأن مقاومة الحركة الشيوعية ، فإن أولئك الموظفين كانوا فى مقاومتهم للحركة الشيوعية يؤدون واجبهم الذى ألزمهم القانون القائم عندئذ القيام به . ومن المقرر فى كل النظم القانونية المتمدينة أن « أداء الواجب » يعتبر سبباً مبيحاً يرفع عن السلوك الذى يقوم به الموظف وصف الجريمة (وذلك بفرض كون الأفعال التى ارتكبها الموظف تشكل جريمة

---

(١٦٨) قارن الترجمة التى أوردها الأستاذ الدكتور عبد الفتاح الصيفى ، المصدر السابق، ص ٣٠٣ . وننبه إلى خطأ مطبعى فى رقم المادة المذكورة بالمتن وقع فى هذا المؤلف فقد أشير إليها على أنها مادة ٦ بدلا من ١٦ .

(١٦٩) انظر فى ذلك ، وفيما تقدم : Johnson, op. Cit., P. 39 , 90 وقد وردت تفاصيل القضية المذكورة فى هامش (١) ص ٤٠ .

فى حكم القانون حين يرتكبها غير ذلك الموظف . أو يرتكبها الموظف العام فى غير حالة أداء واجبه الذى يفرضه عليه القانون) . وقد كانت مقاومة الشيوعية هى فى ذاتها واجباً قانونياً على الموظفين لدى الحكومة القيصرية . وبذلك فإن تقرير عقوبة لهذه الأفعال بعد زوال النظام القيصرى ، وتطبيقها على أولئك الموظفين يعتبر بغير شك إهداراً خطيراً لأهم نتائج مبدأ الشرعية وهى عدم رجعية القانون الجنائى إلى الماضى (١٧٠) .

وقد بقيت أحكام قانون العقوبات ، وأحكام المبادىء الأساسية للقانون الجنائى (لسنتى ١٩٢٦ و ١٩٢٤) معمولا بها فى الاتحاد السوفيتى إلى أن صدرت مجموعة المبادىء الأساسية للقانون الجنائى لسنة ١٩٥٨ والتى صدرت عن مجلس السوفييت الأعلى لاتحاد الجمهوريات الاشتراكية السوفيتية فى ٢٥ ديسمبر ١٩٥٨ (١٧١) .

وقد نصت المادة الثالثة من هذه المبادىء على ما يلى : « يخضع للمسئولية الجنائية وللعقوبة فقط الشخص الذى يرتكب عمداً أو دون تبصر فعلا خطراً إجتماعياً يعالجه القانون الجنائى . وتطبق العقوبة فقط بناء على حكم من المحكمة » .

كما نصت المادة السادسة من هذه المبادىء الأساسية والواردة تحت عنوان « سريان القانون الجنائى فى الزمان » على ما يلى : « تتحدد الصفة الإجرامية للفعل وكذلك استحقاقه للعقوبة وفقا للقانون السارى المفعول وقت ارتكاب هذا الفعل .

ويكون للقانون الذى يستبعد استحقاق الفعل للعقوبة أو يخفف العقوبة أثر رجعى ، بحيث يسرى أيضاً على الأفعال التى ارتكبت قبل صدوره .

---

(١٧٠) المرجع السابق ، ص ٤٠ وثمة انتقادات أخرى لقانون ١٩٢٦ ، ولكنها لا تدخل فى نطاق بحثنا . انظر ص ٤٠ — ٤٣ من ذات المرجع .

(١٧١) نشرت هذه المبادىء الأساسية فى مجموعة محاضر مجلس السوفييت الأعلى الصادرة سنة ١٩٥٩ ، رقم ١ ، فقرة ٦ . وقد كان سببا للبس وقع فيه بعض الباحثين فاعتبرها صدرت عن مجلس السوفييت الأعلى سنة ١٩٥٩ . بينما كان صدورها فى التاريخ المذكور فى المتن وإن تأخر نشرها فى مجموعة أعماله . انظر مجموعة «أسس التشريع لاتحاد الجمهوريات .... إلخ» الصادرة عن دار التقدم بموسكو سنة ١٩٧٤ (باللغة العربية) . ص ٢٩٠ وما بعدها . وقارن : Johnson, op. cit., P. 59.

ولا يكون للقانون الذى يقرر استحقاق الفعل للعقوبة أو يشدد العقوبة أثر رجعى » .

وقد نصت المادة الرابعة من قرار مجلس السوفييت الأعلى بإصدار المبادىء الأساسية للتشريع الجنائى لسنة ١٩٥٨ على تفويض مجالس السوفيتات العليا للجمهوريات المتحدة فى جعل التشريع الجنائى للجمهوريات مطابقاً لتلك المبادىء الأساسية (١٧٢) .

وتطبيقا لهذا النص الأخير فقد أعيد النظر فى قانون العقوبات للجمهوريات المتحدة . وقد صدر قانون العقوبات الجديد لهذه الجمهوريات فى أكتوبر سنة ١٩٦٠ مطبقاً للمبادىء الأساسية سالفة الذكر (١٧٣) .

وبذلك عاد المشرع السوفيتى إلى تطبيق مبدأ الشرعية تطبيقاً كاملا . فألغى القياس كوسيلة للتجريم والعقاب بالنص على اعتبار « الجريمة » فعلا يعالجه القانون الجنائى . ونص كذلك على عدم رجعية القانون الجنائى إلى الماضى اللهم إلا إذا كان أصلح للمتهم .

وأيا ما كان الرأى فى المبررات التى حدت بالمشرع السوفيتى سنة ١٩٣٦ إلى الخروج على مبدأ الشرعية (١٧٤) فإن الانتقاد العنيف لهذا الموقف داخل روسيا السوفيتية وخارجها كان أحد العوامل الرئيسية فى العدول عنه والعودة إلى تطبيق المبدأ فى التشريع الجنائى (١٧٥) وقد كان ذلك جزءاً من التعديلات القانونية الكثيرة التى حدثت الاتحاد السوفيتى فى أعقاب زوال حكم ستالين كمحاولة للتخفيف من وطأة القهر التى عانى منها المواطنون الروس خلال تلك الفترة(١٧٦).

---

(١٧٢) أنظر ص ٢٩١ من المرجع السابق . والمواد ٣ ، ٦ أنظر ص ٢٩٣ — ٢٩٤ .

(١٧٣) فى بيان أهم التعديلات التى تضمنها هذا القانون وقانون الإجراءات الجنائية لسنة ١٩٦٠ أنظر : Johnson op' cit. PP 56 - 62

(١٧٤) أنظر : Johnson. po cit., p. 40

وقارن الدكتور عبد الفتاح الصيفى ، المصدر السابق ، ص ٣٠٤ .

(١٧٥) أنظر كذلك : A.K.R. Kiralfy, The Campaign for Legality in the USSR, Internatioual and Compartive Lew Quarterly. 1957. 6, p. 625 et seq.

(١٧٦) Kiralfy, Recent Legal Changes in the USSR. 1957. soviet Studies, 9, p. 1.

١٠ ــ ٥ ــ دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة لسنة ١٩٥٨ :

كان التشريع الفرنسى فى طليعة التشريعات الجنائية الحديثة التى قامت على اعتناق مبدأ الشرعية . فمنذ الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩ ومبدأ الشرعية يجد تعبيراً واضحاً عنه فى الوثائق الدستورية الفرنسية ، وفى قانون العقوبات الذى سجلت المادة الرابعة منه النص على المبدأ .

وقد نص عليه أيضاً دستور الجمهورية الرابعة الصادر سنة ١٩٤٦ م وبذلك أصبح المبدأ منصوصا عليه مرتين : مرة فى قانون العقوبات ومرة فى الدستور الفرنسى : غير أن دستور الجمهورية الخامسة الذى صدر سنة ١٩٥٨ فى عهد حكومة الجنرال ديجول إثر ما واجهته فرنسا من مشكلات سياسية واقتصادية قد تنكر فى صورة جزئية لمبدأ الشرعية ، مخالفاً بذلك المسلك التقليدى للمشرع الفرنسى .

وكان خروج دستور ١٩٥٨ على مبدأ الشرعية فى صورة تقسيمه الاختصاص التشريعى إلى قسمين : قسم تختص به السلطة التشريعية (البرلمان) وقسم تختص به السلطة التنفيذية (الحكومة) (١٧٧) ويعتبر ذلك خروجا على مبدأ الشرعية إذ أن مقتضى هذا المبدأ استقلال كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية عن الأخرى واختصاصها فقط بوظائفها . ولذلك فإنه يمتنع على السلطة التنفيذية أن تمارس عملا تشريعيا اللهم إلا إذا كان ذلك العمل موضع تفويض صريح من السلطة التشريعية صاحبة الولاية الأصلية فى هذا المجال . وهنا يبدو مدى خروج الدستور الفرنسى الحالى (دستور الجمهورية الخامسة) عن هذا المبدأ حين قسم الاختصاص التشريعى إلى قسمين نصت عليهما المادة ٣٤ منه :

(١) يختص المجلس التشريعى بأن يصدر تشريعات فى حالتين : حالة وضع قواعد معينة تتصل بموضوع معين ، وحالة وضع المبادىء الأساسية التى تحكم

---

(١٧٧) أنظر فى ذلك مؤلف أندرية هوريو القانون الدستورى والنظم السياسية ، الجزء الثانى ، ص ٤٦٣ ــ ٤٧١ (الترجمة العربية بيروت ، ١٩٧٤) . على أنه يلاحظ أن هذه الترجمة ، فى مواضع غير قليلة ، ليست دقيقة .

موضوعا معيناً لتصدر السلطة التنفيذية اللوائح التفصيلية التى تعالج هذا الموضوع فى إطار تلك المبادىء الأساسية .

وتشمل موضوعات الحالة الأولى كل ما يعتبر عنصراً أساسيا فى الإطار السياسى والاجتماعى والاقتصادى للديموقراطية الفرنسية ، مثل الحقوق السياسية والضمانات الأساسية للمواطنين والجنسية والأحوال الشخصية . وفى نطاق القانون الجنائى تشمل تلك الحالة تحديد الجنايات والجنح والعقوبات المقررة لكل منها ، ووضع القوانين المتصلة بالإجراءات الجنائية وإصدار العفو وغير ذلك مما نصت عليه المادة ٣٤ سالفة الذكر .

(٢) فيما عدا الموضوعات المشار إليها فى الفقرة السابقة فقد أصبحت السلطة التنفيذية ذات ولاية تشريعية تتمثل فى حقها فى إصدار قرارات أو مراسيم تنظيمية . وليس لهذه القرارات والمراسيم ذات الخصائص أو القوة التى يتمتع بها التشريع الصادر من البرلمان ، بحيث لا يجوز أن يتعارض ما تصدره منها السلطة التنفيذية مع القواعد أو المبادىء الأساسية التى أصدرها البرلمان ، وإلا تعرضت للطعن فيها أمام القضاء (١٧٨) .

ويعنينا فى صدد الاختصاص التشريعى للسلطة التنفيذية فى المجال الجنائى حقها فى إصدار قرارات أو مراسيم تعالج بها « المخالفات » . إذ اقتصر اختصاص البرلمان طبقا لنص المادة ٣٤ من الدستور على إصدار القوانين التى تحدد الجنايات والجنح وترك الاختصاص بالتجريم والعقاب فى المخالفات للسلطة التنفيذية تتصدى له فى صورة قرارات أو مراسيم تنظيمية . وقد صدر بالفعل عدد من المراسيم التى تقرر

---

(١٧٨) أندريه هوريو ، المرجع السابق ، ص ٤٦٨ ــ ٤٦٩ . ومن طريف ما تجدر الإشارة إليه هنا أن حق البرلمان الفرنسى فى ظل دستور ١٩٥٨ فى وضع المبادىء الأساسية لبعض الموضوعات ، ثم ترك معالجتها التفصيلية لمراسيم أو قرارات تصدرها السلطة التنفيذية ، هذا الحق ، قابل للمقارنة بحق مجلس السوفييت الأعلى فى وضع المبادىء الأساسية للتشريع المدنى والجنائى السوفيتى والتى تلتزم بها جمهوريات الاتحاد السوفيتى فى تقنيناتها بحيث لا تملك الخروج عليها .

انظر : Johnson, op. cit., p. 39, 54 & 90

عقابا على عدد من المخالفات ، ولعل من أهمها القرار رقم ١٢١٦ لسنة ١٩٥٨ والذى يقنن جرائم المرور (١٧٩) .

ويرى الجانب الغالب من الفقه الدستورى والجنائى الفرنسى أن فى نص المادة ٣٤ من دستور ١٩٥٨ خروجاً على مبدأ الشرعية وإهداراً له . (١٨٠) ولا يرد على هذا الرأى بالقول بأن المخالفات جرائم تافهة نسبياً فلا ضرر من ترك معالجتها للسلطة التنفيذية . ذلك أن عقوبة المخالفات قد أصبحت بموجب القرار الصادر فى ٢٣ ديسمبر ١٩٥٨ تصل إلى ألفى فرنك فرنسى جديد ، ويصل الحبس فيها إلى شهرين ، فضلا عن أنها تحمل طابع الجرائم التى تنطوى على لوم إجتماعى وذلك بتسجيلها فى السجل القضائى للمحكوم عليه .

وبذلك يتضح مدى خروج دستور الجمهورية الفرنسية الخامسة ـ فى نطاق تجريم المخالفات وتحديد العقاب عليها ـ على مبدأ الشرعية . ذلك الخروج الذى ينتقده ـ بحق ـ الفقه الجنائى والدستورى الفرنسى ويعتبره خرقا للتقاليد الفرنسية العريقة فى التشريع وتنظيم علاقة السلطة التشريعية بالسلطة التنفيذية (١٨١) .

وهكذا نكون قد انتهينا من دراستنا لمبدأ الشرعية من حيث نشأته وتطوره ومكانه فى النظم القانونية المختلفة ، القديمة والحديثة ، وألقينا بعضا من الضوء ، لإزالة ما اكتنف دراسة هذا المبدأ من غموض ، على الأخص فى الشريعة الإسلامية والقانون الإنجليزى والقانون المصرى . كما عرضنا للانتقادات الموجهة إلى المبدأ ونطاق تطبيقه ، والتشريعات التى تنكرت له سواء منها التى عادت بعد فترة من الزمن إلى إقراره والاعتراف به ، أو التى لا تزال على موقفها المتمثل فى إهداره أو إهماله .

---

(١٧٩) الأستاذ الدكتور عبد الفتاح الصيفى ، المصدر السابق ، ص ٣٠٦ .

(١٨٠) المرجع السابق ص ٣٠٦ . والمراجع المذكورة فيه .

(١٨١) المرجع السابق ، ص ٣٠٦ ـ ٣٠٨ ، وأندريه هوريو ، المرجع السابق ، ص ٤٧٠ ـ ٤٧١ .